İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

TEMMUZ - AĞUSTOS 2016

CİLT: 90 • SAYI: 2016/4 ISSN 1304-737X

1878
İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

TEMMUZ - AĞUSTOS 2016

CİLT: 90 - SAYI: 2016/4 ISSN 1304-737X

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

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

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 130.00 TL'dir.
Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki
TR 510001 5001 5800 7286 2874 96 no'lu hesabına yatırılması,
dekontun Derginin gönderileceği
adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması gerekmektedir.
Bilgi için: guleryuzh@istanbulbarosu.org.tr 0212 251 63 25-179
(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

Dergimizin bu sayısı İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile
12. 000 adet basılmıştır.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayımlanır.

•

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

•

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Hüseyin ÖZBEK

•

Yayından Sorumlu
Yönetim Kurulu Üyeleri
Av. Şahin EROL
Av. Süreyya TURAN

•

YAYIN KURULU
Başkan
Av. Yörük KABALAK

•

Genel Yazman
Av. A. Coşkun ONGUN

•

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

•

Yönetim Yeri
Şahkulu Mah. Serdar-ı Ekrem Cad. No:7 Galata-Beyoğlu-İst.
Tel: (0212) 251 63 25 / Faks: (0212) 293 89 60
Yayın Kurulu: (0216) 427 37 22
www. istanbulbarosu.org.tr
dergi@istanbulbarosu.org.tr

•

Yayıncı Sertifika No: 12457

•

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

•

AĞUSTOS 2016

İÇERİK DİZİNİ

Yayın Kurulu'ndan 9

Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinden Doğan Katılma Alacağı, Değer Artış Payı Alacağı ve Denkleştirme Alacağı ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Doç. Dr. Ebru CEYLAN 15

Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi

Ahmet SEZER..... 43

Karayolları Trafik Kanunu'nda Ve Karayolu Taşıma Kanunu'nda 6704 Sayılı Torba Yasa İle Hukuka Aykırı Değişiklikler

Av. Çelik Ahmet ÇELİK 61

Karşı Tarafa Ödenen Vekalet Ücretinin KDV Karşısındaki Durumu

Yrd. Doç. Dr. Yusuf İLERİ..... 75

Vekalet Ücreti Alacağı Davası

Erdoğan GÖKÇE 83

Vergi İhtilaflarında Uzlaşma Yöntemi

Av. Salih Gür ULAÇ 109

Eser Üzerindeki Manevi Haklar

Fazıl Ahmet ODABAŞ.....117

Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler

Av. Selva KARCI SELEN.....136

İşverenin Ücret Artışı Yapmaması Eşit Davranma İlkesine Aykırılık Teşkil Etmekte Midir?

Av. Esra ÖZEREN PARAY 154

Organ Ve Doku Nakli

Av. Çağatay UYGUN.....157

AİHM'in Perinçek kararı: "Soykırım inkârı"/İfade özgürlüğü ikileminin aşılabilirliği

Av. Dr. Deniz AKÇAY.....179

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. Maddesi İle Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney Suçu Ve Rıza

Av. Gülşah GÜVEN 213

Soruşturmanın Gizliliği Gerekçesi İle Yayın Yasağı

Av. Sedef Pelin GÜRLEK 227

CISG KAPSAMINDAKİ HASAR HÜKÜMLERİ

Av. Betül KİRAZ 247

İNTERNET SİTELERİ VE ÖZELLİKLE E-TİCARET SİTELERİNDE BULUNMASI GEREKEN HUKUKİ METİNLER

Bedrettin GÜRCAN.....259

Mesafeli Sözleşmeler

Dilşad KUĞUOĞLU - Nilhan KALKAN 269

Yargıtay Kararları Işığında Haksız Rekabet Açısından Aldatıcı Reklamlar

Ertuna KARA.....291

Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Yetki Devri Ve Bu Kapsamdaki Sorumluluk

Av. Mehmet Selim ÖNENGÜT 301

Anonim Şirketlerde Temsil Yetkisi Ve Bu Yetkinin Devri

Av. Yavuz AKBULAK.....306

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ BÜYÜK DAİRESİ'NİN SCHATSCHASCHWILI / ALMANYA DAVASINDA VERDİĞİ KARAR 321

YARGITAY KARARLARI 343

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 345

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 372

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 376

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 382

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 388

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 396

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 412

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 449
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 463
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 469
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 495
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 497
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 510
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 511
Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları 523

UYGULAMADAN DOSYALAR

Uygulamadan Dosya 539

YARARLI BİLGİLER

Tablo ve Çizelgeler 551

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER ve AYRILMALAR

Yitirdiklerimiz 585
Nakiller 592
Ayrılmalar 593

KAVRAM DİZİNİ

Kavramlara Göre Arama Dizini 595

YAYIN KURULU'NDAN

Hukukun Üstünlüğü

Ülke olarak oldukça zor zamanlardan geçiyoruz. Tarihimizde birçok sarsıntı yaşayıp engellerle baş etmek zorunda kalan Toplum, 15 Temmuz sürecinde yaşanan gayrı meşru, hukuk ve akıl dışı kalkışma ile tarihsel travmalar zincirine yeni bir halka eklemiş oldu.

Geri kalmış üçüncü dünya ülkelerinde bile artık duymaz olduğumuz askeri darbe girişimi, bir kâbus gibi çöktü.

Toplumun her kesiminden gelen kararlılık mesajları ve güçlü dik duruşla başarıya ulaşamadan püskürtüldü.

Hukuktan ayrılmamak, demokratik yönetimlerin en temel ilkeleri arasında yer alır.

Seçimle iş başına gelmiş kişi ve kurumların yine seçimle görevlerinden ayrılmaları asıl olandır. Karanlık birtakım yapılanmalar ile demokratik yöntemlerle işbaşına gelen kişi ve kurumların görevlerinden alıkonulması bu yolda silah kullanılıp kan dökülmesi, şanlı tarihi bulunan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bomba atılması hiçbir şekilde mazur görülemez.

Bu çerçevede darbe girişimine karşı duran her görüşten insanımızın demokrasiye bağlılığı da övgüyü hak ediyor.

Darbeye direnen ve bu uğurda hayatını kaybeden şehitlere rahmet; yakınlarına sabırlar diliyoruz.

Ülkemizin bu girişim karşısında, hukuka her zamankinden daha çok bağlı kalarak sorumluları yargılaması ve adaleti tesisi de bir o kadar önem arz ediyor.

***

Önemli ve sürekli ödeme araçlarından olan Çek, yine gündemde. Dergimizde bu sayıda yer verdiğimiz Yargıtay 12. Hukuk Dairesi kararları Çek Hukukuna ilişkin öğrenmek istediğimiz birçok usul yöntemini ortaya koyuyor. Avukatların özellikle de genç meslektaşlarımızın bu kararları incelemelerinde yarar görüyoruz.

Yeni yayınlarda buluşmak umuduyla…

Yayın Kurulu

YAZILAR

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN TASFİYESİNDEN DOĞAN KATILMA ALACAĞI, DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞI VE DENKLEŞTİRME ALACAĞI İLE İLGİLİ YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Ebru CEYLAN[1]

Giriş

Yeni TMK ülkemizde yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden bugüne kadar eşler arasında mal rejimine ilişkin davaların uygulamasında çeşitli sorunlarla karşılaşıldığı uygulamada görülmektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi sona erdiğinde eşlerin birbirlerinin malvarlıkları üzerinde karşılıklı katılma, değer artış payı veya denkleştirme alacak hakları doğabilir. Kural olarak, eşlerden birine ait malvarlığında diğer eşin mülkiyet veya diğer bir ayni hak talebi söz konusu olamaz. Alacaklı eşe tanınan hak, nisbi bir haktır.

Mal rejimine ilişkin davalar, "olağanüstü mal rejimine geçiş davası" (TMK m. 206 vd), "değer artış payı alacağı davası" (TMK m. 227), "artık değere katılma alacağı davası" (TMK m. 231-236) ve "katkı payı alacağı davası" dır. Bu davalardan "olağanüstü mal rejimine geçiş davası bir alacak davası niteliğinde değildir. Eşler arasındaki mevcut mal rejimini değiştirmeyi, mevcut mal rejimini hakim kararı ile "mal ayrılığı" rejimine dönüştürmeyi hedefleyen bir davadır. Katkı payı alacağı davası, eski MK. döneminde evliliğin sona erdiği durumda eşlerden biri adına kayıtlı olan mallarla ilgili davacının davalıya karşı ileri süreceği alacağına yöneliktir[2]. Değer artış payı alacağı davası, yeni TMK. m.227 hükmüne dayanmaktadır. Bu davada davacı, davalının mülkiyetinde bulunan bir malın edinilmesi, iyileştirmesi veya korunmasına hiç veya uygun karşılık almadan katkıda bulunduğunu ileri sürerek, katkısı oranında alacağını

1 Adana Barosu'nun Kozan'da düzenlediği 26.03.2016 tarihindeki "Yargıtay Kararları Işığında Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi "isimli konferanstaki sunumun makaleye çevrilmiş halidir.

2 OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Yargıtay Kararları Işığında Katkı Payı Kavramı, Talep Koşulları ve Hesabı, Prof. Dr. Şener Akyol 'a Armağan, İstanbul 2011, s. 598.

talep etmektedir[3]. Artık değere katılma alacağı davasında ise eşlerden her biri veya mirasçıları, diğer eş veya onun mirasçılarından davalıya ait artık değerin kural olarak yarısını talep etmektedir[4].

Boşanma, evlenmenin iptali veya olağanüstü mal rejimine geçilmesi davalarından birisi açılmış ise ancak henüz derdest ise, açılmış bulunan mal rejiminin tasfiyesine yönelik davalar, devam eden boşanma ve diğer davaların sonucunu bekleyecektir. Boşanma, evlenmenin iptali veya olağanüstü mal rejimine geçiş davaları mahkeme tarafından kabuledilirse ve bu kararlar kesinleşirse, mal rejiminin tasfiyesine yönelikdavalar da esastan incelenip hüküm kurulabilecektir[5]. Kişisel malların (örneğin ziynet eşyalarının) aynen iadesi veya bedellerinin tahsiline yönelik açılacak davalarda bu kural yanimal rejiminin sona ermesine ilişkin önkoşul geçerli değildir. Eşya iadesi veya bedelinin tahsiline yönelik davalar, mal rejiminin tasfiyesine yönelik davalardan sayılmadığından dolayı mal rejimi sona ermeden önce de bu davalar açılıp esası incelenebilir[6].

I. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Önemi

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden her biri evlilik devam ettiği sürece evlenmeden önce sahip olduğu ve evlendikten sonra edindiği mallarının maliki olarak kalmaktadır. Ancak evlilik birliği sona erdiğinde evlilik süresince edinilen mallar paylaşıma tabidir[7]. Eşlerden her birinin diğerinin edinilmiş mallarına katılma konusunda talep hakkı bulunmaktadır[8]. Eşlerden her biri kişisel borçlarından bütün malvarlığıyla sorumludur[9].

Edinilmiş mallara katılma rejimine hakim olan ilkeler, emek karşılığı edinilen mallarda hak sahibi olma ilkesi, evlilik süresince edinilen mallarla sınırlı olması ilkesi, hak sahibi eşe, nisbi hak tanınması ilkesi, sözleşme özgürlüğü ilkesi, ispat kolaylığı ve iyiniyet ilkesidir[10]. Bu rejimde,

3 DEMİR, Mehmet, Türk Medeni Kanuna Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı ve Denkleştirme Alacağı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.61,Yıl: 2005, s.296.

4 DEMİR, s.294.

5 ŞİMŞEK, Mustafa,Uygulamada Mal Rejimi Davaları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart- Nisan 2012, Yıl: 24, S.99,s.383.

6 ŞİMŞEK, s. 383.

7 ACABEY, M. Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 1998, s.100.

8 CEYLAN, Ebru, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri ile İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler", Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, C. II, İstanbul 2002, s. 1028.

9 ACABEY, s.101.

10 KILIÇOĞLU, Ahmet, Katkı-Katılma Alacağı, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2012, s. 80 vd.

evlilik süresince ve evlilik sona erdiğinde mal ortaklığı öngörülmediğinden birlikte mülkiyetin sorunları ortaya çıkmayacaktır. Bu rejimin, evlilik sona erdiğinde kazanca katılma söz konusu olduğundan evlilik birliğinde dayanışma ilkesi ve evlilik süresince mallarına ilişkin haklarında geniş bir bağımsızlık verdiğinden eşitlik prensibine uygun bir rejim olduğu[11], bu rejimin kadına evlilik birliği içinde gösterdiği çabaların maddi karşılığına kavuşabilme güvencesini sağlayacağı ve kötüniyetli kocanın eşini kolayca boşama düşüncesini engelleyeceği ileri sürülmüştür[12].

Eski Medeni Kanun döneminde yasal rejim olarak uygulanmış olan mal ayrılığı rejimi, ülkemizdeki aile yapısı ve toplumsal gelenekler nedeniyle kadın aleyhine sonuçlar doğurmuştur.*Kanımızca mal ayrılığı rejimi,eşlerin mallarının ayrı olması nedeniyle kadının ekonomik bakımdan özgür olması ve diğer sistemlere nazaran tasfiyesinin olmaması nedeniyle bu konuda sorun doğurmaması bakımından olumludur . Ancak uygulamada toplumda önemli yeri olan kadınlarımızın aleyhine sonuçlar yaratmıştır [13].*

Edinilmiş mallara katılma rejimi, paylaşmaya yönelik bir rejim olduğundankanımızca olumlu yöne sahiptir, ancak evlilik sona erdiğinde birçok mal grubu arasında tasfiyenin zor ve karmaşık olması nedeniyle uygulama zorlukları yaratacağı gerçeği bilinmelidir[14]. Edinilmiş mallara katılma rejiminin evlilik sona erdiğinde birçok mal grubu arasında yapılan tasfiyenin masraflı, zor ve karmaşık olması nedeniyle uygulama zorlukları yaratacağı[15], somut olay adaletinin gerçekleşmesini zorlaştıracağı[16] Türk hukukunda *kanımızca* haklı olarak ileri sürülmüştür. Uygulamada mal rejiminin tasfiyesiyle ilgili hukuki sorunların çözülmesi için çoğunlukla bilirkişilerden yardım alınmaktadır. *Kanımızca mal ayrılığı rejimi yerine TMK'da benimsenen edinilmiş mallara katılma rejimi paylaşmayayönelik bir rejim olduğu için olumludur, çünkü evlilikte paylaşmanın dayandığı haklı temeller vardır. Ancak evlilik sona erdiğinde birçok mal grubu arasında yapılan tasfiyenin zor, masraflı, karmaşık olması nedeniyle uygulamada zorluklar yaratacağı, somut olay adaletinin gerçekleşmesini zorlaştıracağı gerçeği göz ardı edilme-*

11 ACABEY, s.101.

12 ŞIPKA TAMAN, Şükran,Türk Aile Hukukunda Karı Koca Mal Rejimleri Sisteminde Yapılmak İstenen Düzenlemeler Hakkında Düşünceler, Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, s.353 vd.

13 CEYLAN, Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi,Galatasaray Üniversitesi yayınları, İstanbul Ocak 2006, s. 69.

14 CEYLAN, s.1051

15 ŞIPKA, düşünceler, s.361.

16 ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, M. B. / GÖKYAYLA, Emre, Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri –Kişiler, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2000, s. 738.

melidir. Ayni tasfiyeyi esas alan paylaşmalı mal ayrılığı rejimi bu rejime nazaran daha kolay bir sistemdir[17].

4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un m.10/I-IV hükmünde eşlerin evlenmeleri ile tabi oldukları rejimle ilgili düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre:

"*Medeni Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tabi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar.*

Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan boşanmaveya iptal davaları sonuçlanıncaya kadar eşler arasında tabi oldukları mal rejimi devam eder. Dava boşanma veya iptal kararıyla sonuçlanırsa, bu mal rejimininsona ermesine ilişkin hükümler uygulanır. Davanın retle sonuçlanması halinde eşler, kararın kesinleşmesini izleyen bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, Kanun'un yürürlük tarihinden geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar.

Şu kadar ki eşler, yukarıdaki fıkralarda öngörülen bir yıllık süre içinde malrejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabuledebilirler.

Yukarıdaki hükümler uyarınca mal birliği veya mal ortaklığı rejiminin yasalmal rejimine dönüşmesi halinde, Türk Kanunu Medenîsi'nin ilgili mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümleri uygulanır."

*Bu hüküm gereği e*ski MK. döneminde evlenmişeşler arasında 31.12.2001 tarihine kadar geçerli yasal mal rejimi mal ayrılığı rejimidir 01.01.2002'den sonra evlenmiş olan eşler içinyasal mal rejimi ise edinilmiş mallara katılma rejimidir. Ancak eşler, yeni Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten(01.01.2002'den)itibaren bir yıl içinde (01.01.2003'e kadar) yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejimini evlenme tarihine kadar uygulanabilir kılabilirler.

II. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Türleri

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerin malların mülkiyeti bakımından sahip oldukları hakların belirlenmesi için eşlerin mallarının ayrılması gereklidir.

TMK.m. 218 hükmüne göre "Edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsar". Bu sistemde

17 CEYLAN, Doktora tezi, s. 63.

kadının kişisel malları, kadının edinilmiş malları, erkeğin kişisel malları, erkeğin edinilmiş malları ve eşlerin müşterek mülkiyeti altındaki malları olmak üzere çeşitli malları vardır.

1.Edinilmiş Mallar

TMK.m. 218 hükmüne göre "*Edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsar.*" Bu tanıma göre,edinilmiş mallar, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir (TMK.m.219). Bir eşin karşılığı olan edinimler olarak özellikle şunlar:

a) çalışmasının karşılığı olan edinimler,

b) sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler

c) çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar,

d) kişisel mallarının gelirleri, e)edinilmiş mallarının yerine geçen değerler sayılmıştır.

Eşlerin çalışması karşılığında edindiği kazancından harcayıp sahip olduğu mallar,eşlerin bağımlı veya bağımsız çalışmaları sonucunda ortaya çıkmalıdır. Eşlerin bir işletme faaliyetine bağlı olarak elde ettikleri kazançlar da, fikri ürünler de, ticari işletmenin marka değeri de edinilmiş mal sayılır[18]. Sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurumlarının veya personele yardım amacıyla kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelere, emekli maaşı, emekli ikramiyesi, kıdem tazminatı, yaşlılık, engellilik, işsizlik, ölüm tazminatı girmektedir[19]. Bunlar düzenli ve olağan gelir kaynağı değildir[20]. Kanun koyucu bu ödemeleri sınırlamıştır, özel hayat sigortası nedeniyle elde edilecek meblağlar, bunların primleri eğer kişisel mallardan ödenmişse edinilmiş mal sayılmamaktadır.

Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatın verilmesindeki amaç, işgücünün kaybının giderilmesidir.

Böylece bir malın "edinilmiş mal "sayılması için bir malın mal rejimi sürecinde edinilmiş olması ve emek karşılığı edinilmiş olması gereklidir[21]. Mal rejiminin süreci içinde edinilen mallar sadece bu rejim kapsamına girmektedir, evlenmeden önce edinilen mallar ve mal rejimi sona erdikten

18 ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s.441 ; HATEMİ/KALKAN OĞUZ-TÜRK, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014, s.103.

19 ZEYTİN, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2005, s.106-108.

20 KILIÇOĞLU, s.111 vd.

21 AKINTÜRK, Turgut /ATEŞ , Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku , C. 2, 18 . Baskı, İstanbul 2016, s.156; ÖZTAN, s.439.

sonra edinilen mallar bu rejim kapsamına girmemektedir. Edinilmiş mal kavramının temelinde eşlerin emekleri esas alınmaktadır[22].

Her eş, diğer eşinin rızası olmadan edinilmiş mallarını yönetebilir, yararlanabilir ve tasarruf edebilir (TMK.m.223/I).

2. Kişisel Mallar

Kişisel mallar,kanuna vesözleşmeye göre TMK.m.220-221 'de bir ayırım yapılarak düzenlenmiştir.TMK.m.220 hükmüne göre kanun gereği kişisel mallar olarak

a) eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya,

b) mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangibir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri

c) manevi tazminat alacakları

d) kişisel mallar yerine geçen değerler belirtilmiştir.

Ayrıca eşlerden birine sosyal güvenlik ve yardım kuruluşları tarafından yapılmış olan toptan ödemeler veya işgücü kaybı dolayısıyla ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılır (TMK.m.228/II).Böylece hak sahibinin sosyal güvenliğini ve kalan yaşam süresini toptan ödemenin amacına uygun olarak güvenceye almak amaçlanmıştır[23].

Eşler, mal rejimi sözleşmesi yaparak bazı malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak kabul edilmesini sağlayabilirler. Eşler, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerleri (TMK.m.221/I) için ve kişisel malların gelirleri için (TMK.m.221/II) böyle bir düzenleme kabul edebilirler.

Her eş, diğer eşinin rızası olmadan kişisel mallarını yönetebilir, yararlanabilir ve tasarruf edebilir (TMK.m.223/I).

3. Paylı Mallar

TMK.m.222/II hükmüne göre eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır. Kanın koyucu burada paylı mal karinesine yer vermiştir[24].

22 AKINTÜRK, /ATEŞ , s.158.
23 KILIÇOĞLU, s.117.
24 AKINTÜRK, /ATEŞ , s.159.

Paylı mülkiyet konusu mallarda eşlerden her birine diğer eşin rızası olmadıkça kendi payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkını tanımamıştır. Ancak eşler aksine anlaşma yapabilirler (TMK.m.223/II).

III. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Süresi

Edinilmiş mal rejiminin başlangıç ve sona erme tarihlerinin bilinmesi, eşlerin mallarının edinilmiş mi kişisel mi olduğunun anlaşılması için gereklidir. Evlenmeden önce edinilen mallar ve mal rejimi sona erdikten sonra edinilen mallar bu rejim kapsamına girmez.

Edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerin evlenmeleriyle veya eşlerin seçimlik rejimlerden vazgeçmeleriyle başlar. Eşler, TMK.m.208 hükmüne göre her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki veya başka bir mal rejimini kabul edebilirler. Eşler,seçimlik rejimden vazgeçip, başka bir seçimlik rejim kabul etmemişlerse aralarında yasal mal rejimi uygulanır.

Mal rejiminin tasfiyesine yönelik bir davanın açılabilmesi için taraflar arasındaki mevcut mal rejiminin sona ermesi gereklidir[25]. Mal rejiminin sona ermesiyle evlilik birliğinin sona ermesi tarihleri bazı durumlarda aynı değildir[26]. Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erme durumları, TMK.m.225 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, eşlerden birinin ölümü , başka bir mal rejimini seçmesi veya evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hallerinde, dava tarihinden itibaren mal rejimi sona ermektedir. Ancak mal rejiminin tasfiyesi iptal veya boşanmayla ilgili kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren mümkündür.

Eşlerden birinin ölümü halinde ölüm tarihinde hem evlilik birliği, hem de mal rejimi bu tarihten itibaren sona erer. Eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle aralarındaki mevcut mal rejimi dışında kanunda gösterilen diğer rejimlerden birini seçmeleri halinde yeni rejim seçildiği takdirde eski mal rejimi de sona erecektir.

---

25 Y.8. HD.T.11.03.2013 E.2013/2889 K.2013/3187 sayılı kararın özetinde " Katılma alacağının istenebilmesi için eşler arasında geçerli bulunan edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi gerekmektedir. Tarafların evliliği hukuken devam ettiğine göre, mal rejimi sona ermemiş olup davanın görülebilirlik ön koşulu gerçekleşmemiştir. Mahkemece, görülebilirlik koşulu gerçekleşmediğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir. Açıklanan bu husus kamu düzeni ile ilgili olup, yargılamanın her aşamasında kendiliğinden gözetmesi gereken aleyhe bozma yasağı kuralına aykırılık teşkil etmez". (www.legal.com.tr)Kanımızca Y. 8. HD. bu kararında mal rejiminin tasfiyesi için evliliğin sona ermesi gerektiğini isabetli olarak belirtmiştir.

26 ŞİMŞEK, s. 387.

Gaiplik halinde mal rejiminin sona erme durumu kanunda düzenlenmemiştir. Gaiplik kararıyla beraber evliliğin iptali de istenmişse eşler arasında mal rejimi sona erecektir[27]. Doktrinde, mal rejiminin sona ermesi anı olarak hangi tarihin (iptal davasının açıldığı tarih, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği tarih veya son haber alma tarihi) kabul edilmesi gerektiği tartışmalıdır. Doktrindeki baskın görüşe göre[28] ölüm tehlikesi anında veya son haber alma anında mal rejimi de sona ermektedir. Ölüm karinesi de eşler arasında mal rejimini sona erdirmektedir[29].

Eşler arasında mal rejiminin sona ermesiyle malların tasfiyesi gündeme gelecektir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinden sonra katılma alacağı miktarı ortaya çıkmaktadır.

IV.Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi

1.Genel Olarak

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin aşamaları mevcuttur. Mal rejiminin tasfiyesi genellikle beş aşamalı olarak yapılmaktadır. Birinci aşama, eşlerin malvarlıklarının ayrılmasıdır. İkinci aşama, her eşin edinilmiş ve kişisel mallarının ve varsa paylı mallarının ayrılmasıdır. Üçüncü aşama, her eşin katılma alacağının hesaplanmasıdır . Dördüncü aşama, her eşin katılma alacağı üzerinde diğer eşin payının belirlenmesidir. Beşinci aşama, eşlerin taleplerinin yerine getirilmesidir[30].

TTK.m.226 vd. hükümlerinde edinilmiş mallara katılma rejiminde tasfiyeyle ilgili kurallar düzenlenmiştir. Öncelikle, eşlerden her birinin diğer eşteki mallarını geri alma hakkı vardır. Tasfiye sırasında paylı mülkiyete konu bir mal varsa, bu malın bölünmeden kendisine verilmesini bir eş isteyebilir. Eşin böyle bir talepte bulunması için öncelikle paylı mülkiyet konusu bir mal mevcut olmalı, talep eden eşin daha üstün yararının varlığını ispat etmiş olması ve diğer eşe ait payın bedelini ödemesi gerekir. Paylı mülkiyet konusu malın türü önemli değildir, taşınır veya taşınmaz mal veya fikri mülkiyet hakkına konu olan gayrimaddi bir mal da olabilir[31].

Mal rejiminin boşanma davasıyla birlikte sona ermesi halinde katılma alacağı boşanma davasıyla birlikte veya davalının bu davaya karşı açacağı karşı davayla birlikte talep edilmesi mümkündür. Katılma alacağı, boşan-

27 ÖZTAN, s.520.

28 ZEYTİN, s.88,89; DURAL, Mustafa /ÖĞÜZ, Tufan /GÜMÜŞ,M. Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş Onbirinci Baskı, İstanbul 2016, s.212.

29 ÖZTAN, s.521.

30 ÖZTAN, s.524.

31 KILIÇOĞLU, s.143.

madafer'i bir alacak değildir[32]. Anlaşmaya dayanan boşanma davalarında tarafların boşanma, boşanmanın mali sonuçları çocukların durumu hakkında anlaşmaları yeterlidir. Ayrıca eşyalar veya mal rejiminintasfiyesine yönelik diğer konularda da anlaşmaya varmaları zorunlu değildir. Bu nedenle anlaşmalı boşanma davasında eşyalar veya mal rejiminin tasfiyesine yönelik konularda da bir anlaşma yoksa daha sonra bunlara ilişkin dava açılması mümkündür[33].

Y.8. HD.T. 07.07.2009 E.2009/2061 K. 2009/3690 sayılı kararında[34] "Davacının boşanma davasının 17.05.2007 tarihli yargılama oturumunda "...her ay 2.000 YTL yoksulluk nafakası istiyorum, bunun dışında maddi ve manevi başka bir isteğim yoktur..." şeklindeki ifadesi, TMK'nın 174. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi tazminat ile aynı Kanun'un 175. maddesinde düzenlenen yoksulluk nafakasına ilişkindir. YHGK'nın 27.05.2009 gün 2009/2-158 Esas 2009/217 Karar sayılı ilamında da belirtildiği gibi, bu tür açıklamalar boşanma davasının eki niteliğinde olmayan mal rejiminden kaynaklanan alacak davaları yönünden bağlayıcı nitelikte değildir. Davacının boşanma davasındaki yukarıda açıklanan beyanı, sadece değindiği hususları kapsar. Bu durumda mahkemece, iddia ve savunma çerçevesinde taraf delilleri toplanıp, tartışılıp, değerlendirilerek uyuşmazlığın esası hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır". *Kanımızca Y.8.HD. 'nin bu kararı, maddi ve manevi bir talebim yoktur ifadesi boşanmanın fer 'i sonuçlarına ilişkin olduğundan boşanmanınfer'i sayılmayan mal rejiminden doğan alacak davaları için bağlayıcı olmadığından isabetlidir.*Ancak taraflar, boşanma protokolünde veya anlaşmaya dayanan boşanma dava dosyasındaki duruşma tutanağında imzalı beyanları ile "birbirlerinde eşya iadesi, mal rejimi kapsamında da başkaca her hangi bir alacaklarının kalmadığını" belirtmişlerse; daha sonra bu yönde bir dava açılması isabetli olarak Yargıtay tarafından dürüstlük kuralına aykırı, hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2) niteliğinde bir davranış olarak değerlendirilmektedir.

2. Malların Değerlerinin Belirlenmesinde Esas Alınacak An

Hak sahibi eşin korunması bakımından malların değerlerinin belirlenmesinde hangi anın esas alınması gerektiği önemli bir konudur. Edinilmiş mallara katılma rejimi sona erdiği halde tasfiyenin yapılmamış olması

32 KILIÇOĞLU, s.127.

33 CEYLAN, Doktora tezi, s. 62.

34 (www. kazanci.com.tr).

nedeniyle hak sahibi eş zarara uğrayabilir[35]. İşte bu nedenle TMK.m.235 hükmünde, mal rejiminin sona erdiği sırada her eşin mevcut olan edinilmiş malları, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılacağı düzenlenmiştir.

Edinilmiş mala hesapta eklenecek olanların değeri malın devredildiği tarih esas alınarak hesaplanır (TMK.m.235/II) . Böylece TMK.m.229 'da belirtilen eklenecek değerler bu şekilde hesaba katılacaktır.

3. Malların Değerlerinin Belirlenmesinde Ölçü **Alınacak Değerler**

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde kural olarak malların sürüm değerleri esas alınacaktır (TMK.m.232).

Bir tarımsal işletme varsa, katılma alacağı hesabında ve değer artış payı alacağı hesabında gelir değeri esas alınır (TMK.m.233). Bu hükmün uygulanması için bir tarımsal işletmede bir eşin bizzat işletmeye devam etmesi veya sağ kalan eş veya altsoyundan birinin bu işletmenin kendisine bütün olarak özgülenmesini talep hakkına sahip olması ve bu işletmenin değer artış veya katılma alacağının bulunması gereklidir.

Yasa koyucu bazı durumları "özel hal "kabul etmiştir. Böylece özellikle sağ kalan eşin geçim koşulları, tarımsal işletmenin alım değeri, ayrıca tarımsal işletme kendisine ait olan eşin yaptığı yatırımlar veya mali durumu "özel hal "kabul edilmiştir. Özel haller gerektirdiği takdirde hesaplanan değerin uygun bir miktarda artırılabileceği düzenlenmiştir.

Y.8. HD. T.07.07.2014 E. 2014/5918 K.2014/14195 sayılı kararında[36] "mahkemece 22.06.2010 tarihinde belirlenen taşınmazın sürüm değeri olan 110.000 TL esas alınarak ½ sine isabet eden 55.000 Tl 'den istekle 20.000 TL bakımından hüküm kurulmuş ise de, karar tarihi 18.10.2012 olup 2 yıl önceki sürüm değerinin değerlendirilmeye alınması, TMK.m.232 ve m.235/I 'e açıkça aykırılık oluşturmaktadır. *Bu nedenle kanımızca Y.8. HD.'nin bu kararında zaman bakımından değerlendirmedeki hatanın önemi vurgulanmıştır, böylece isabetli olarak hak sahibi eşin ekonomik kayba uğraması önlenmiştir.*

4. Artık Değere Katılma Alacağının Hesabı

Artık değere katılma alacağı, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olması halinde rejim devam ederken bir eşin edindiği malda ortaya çıkan bir alacaktır, burada diğer eşin katkısı koşulu aranmamaktadır[37]. TMK.m.231 hükmünde "artık değer "düzenlenmiştir.

35 KILIÇOĞLU, s.120.

36 (www.legalbank.com .tr)

37 KILIÇOĞLU, s. 25.

Eşlerin kişisel ve edinilmiş malları, mal rejiminin sona ermesi anındaki durumlarına göre belirlenir. Bu nedenle mal rejimi sona erdikten sonra eşlerin paylaşabileceği bir edinilmiş mal kavramından söz edilemez[38].

Eşlerin malvarlıklarının tasfiyesi sonucunda ortaya çıkan artık değere katılma alacağı TMK.m.236 ve m.237 hükümlerinde düzenlenmiştir. Kanuna göre, her eş veya mirasçıları diğer eşe ait artık değer alacağının yarısı üzerinde hak sahibidir. Ancak eşler, mal rejimi sözleşmesi yaparak artık değere katılma alacağı için başka bir oran kabul edebilirler.

Bir eşin artık değer alacağı hesabı yapılırken öncelikle aktif değerlerin belirlenmesi, daha sonra pasif değerlerin belirlenmesi ve aktif değerler toplamından pasif değerler çıkarılınca bulunan miktarın kanunen veya sözleşmeyle belirlenen artık değer oranına göre eşlerin arasında paylaştırılması sonucunda diğer eşin katılma alacağı ortaya çıkmaktadır[39].

a. Aktif Değerler

Aktif değerlerin kapsamına üç kalem olarak tasfiye sırasında mevcut edinilmiş mallar, eklenecek değerler ve kişisel mallara giden edinilmiş malların karşılığı girmektedir.

aa. Tasfiye Sırasında Mevcut Olan Edinilmiş Mallar

Bu mallar, her iki eşin mal rejiminin tasfiyesi sırasında sahip bulunduğu edinilmiş mallarıdır.

bb. Eklenecek Değerler

Aktif değerler kapsamına eklenecek değerler şunlardır: eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar ve bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler (TMK.m.229/I). Bu hüküm,eşlerin bu rejimde iyiniyetle hareket etmeleri gerektiğini belirtmektedir. Karşılıksız kazandırmalar çoğunlukla bağışlamalardır. Bu devir veya kazandırmadan menfaat sağlayan üçüncü kişiye karşı da mahkeme kararı dava kendisine ihbar edilmiş olmak kaydıyla ileri sürülebilir(TMK.m.229/II).

Y.8. HD. T. 02.02.2016 E. 2016/539 K. 2016/1751 sayılı kararında[40]"- Somut olayda; davaya konu ... plakalı araç, 25.08.2010 tarihinde satın alınarak davalı adına tescil edilmiş, 18.07.2011 tarihinde dava dışı ... ... devredilmiştir. Boşanma davası ise, davalı kayıt H.. H.. tarafından

38 ÖZTAN, s.529.

39 KILIÇOĞLU, s. 122 vd.

40 (www.kazanci.com.tr).

16.09.2011 tarihinde açılmıştır. Dava konusu aracın boşanma davasının açıldığı tarihten 2 ay kadar önce elden çıkarılması, davacının mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacağını karşılıksız bırakmaya yönelik olduğunun kabulü gerekir. Aksi düşünce hayatın olağan akışına uygun değildir. Nitekim, 08.11.1991 tarih 4/3 Sayılı YİBK ile, iyi ve kötü niyeti belirmiş olan bir kişinin kötü niyetli bulunduğunun ayrıca ispatlanmasının gerekmediği, vakıa ve karinelerden olayda kanunen iyiniyet iddiasında bulunmayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötü niyetinin diğer tarafa ispat ettirilmesine sebep ve vecih kalmayacağından dava hakkının doğumunu sağlayan ve bertaraf iyi veya kötü niyetinin bu durumda mahkemece re'sen nazara alınacağını belirtmiştir". *Kanımızca Y. 8. HD. bu kararında isabetli olarak boşanma davasının açıldığı tarihten çok kısa bir süre önce aracın elden çıkarılmasının davacının mal rejiminin tasfiyesinden doğan alacağını karşılıksız bırakmayı hedeflediği kastını vurgulamıştır.*

cc. Kişisel Mallara Giden Edinilmiş Malların Karşılığı

Aktif değerler kapsamına kişisel mala giden edinilmiş malın karşılığı da girmektedir. Mal grupları arasında denkleştirme yapılması haksızlığı engellemek içindir, çünkü bu miktar tasfiyede hesaba katılmamışsa malın sahibi olan eş haksızlığa uğramış olur[41]. Bir eşin kişisel malına ilişkin borcu kendi edinilmiş mallarından ödenmişse veya edinilmiş mallara ilişkin borçları kişisel mallardan ödenmişse denkleştirme istenebilir. Eşin her borcu bulunduğu mal kesimini yükümlülük altına sokmaktadır.Eğer hangi kesime ait olduğu borcun anlaşılmamışsa, bu borç edinilmiş mala ilişkin borç kabul edilmiştir (TMK.m.230/II).

Denkleştirmenin nasıl yapılacağı TMK.m.230/III'de düzenlenmiştir. Bir mal grubundan diğer kesimdeki bir malın edinilmesine,iyileştirilmesine veya korunmasına yönelik bir katkı bulunması durumunda, malın değerinin artması veya değerinin azalması halinde denkleştirmenin yapılmasında etkili olan faktörler, katkı oranı, malın tasfiye zamanındaki değeri ve mal daha önce elden çıkarılmışsa hakkaniyettir. Denkleştirme alacağı ile ilgili TMK.m.230 hükmü eşlerden birinin evlilik birliği devamederken edinilmiş ve kişisel malları arasındaki değer kaymalarını önleyen bir hükümdür[42]. Doktrinde m.230/son hükmünün emredici nitelik taşıdığı kabul edilmektedir[43].Bu nedenle eşler, denkleştirme alacağının konusu ve kapsamı ile sonuçlarını değiştirmeye, sınırlandırmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik anlaşmalar yapamazlar.

41 KILIÇOĞLU, s.124.
42 DEMİR, s.298.
43 ÖZTAN, s.502.

Denkleştirme alacağına yol açan değer azalmasının tutarı hesap edilirken azalmaya yol açan kullanma ve/veya yararlanma biçimindeki somut tüketim olayında ya da tasarruf işleminde eşin katılma alacağını azaltma kastıyla hareket etmiş olup olmaması farklılık yaratmaz. Bu nedenle, değer azalması sonucunu doğuran her türlü işlem denkleştirmeye tabi tutulur[44].

b. Pasif Değerler

Pasif değerlerin kapsamına üç kalem olarak değer artış payı, edinilmiş mala giden kişisel malın karşılığı ve borçlar girmektedir.

aa. Değer Artış Payı

Değer artış payı alacağı, bir eşin, diğer eşin malına yaptığı katkının karşılığı olan alacaktır. Alacaklı eşin, diğer eşin malını edinmede veya iyileştirmede veya korumada katkısını ispatlaması gereklidir[45].

Değer artış payı alacağının hukuki dayanağını 4721 sayılı Türk Medeni Kanununm.227 hükmüoluşturmaktadır.Değer artış payı alacağı ile ilgili davada davacı davalının mülkiyetinde bulunan bir malın edinilmesi, iyileştirmesi veya korunmasında hiç yada uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunduğunu ileri sürerek "katkıya dayalı" para alacağı talebinde bulunmaktadır.

Evlilik birliği devam ederken eşler arasındaki dayanışma ilkesi gereği diğer eş, ihtiyacı olan eşe parasal yardım edebilir. Değer artış payı alacağı, katkıdan doğan bir alacaktır . TMK.m.227 hükmü, emredici bir hüküm değildir, eşler yazılı bir anlaşma yaparak değer artış payından vazgeçebilir veya pay oranının değiştirebilirler. Bu alacağın talep edilmesinin şartları değer artış payı alacağının tanımından çıkarılabilir. Eşlerin evlilik döneminde kendi aralarında doğmuş bir alacak olmalıdır. Eşlerin resmen evli olmaları gereklidir[46]. Edinilmiş mallara katılma rejiminde değer artış payı alacağı,katılma alacağı ile birlikte tasfiye ile ortaya çıkmaktadır. Değer artış payı alacağı, dava tarihinden itibaren yapılan katkıları,eşlerden birinin ölümü durumunda ise ölüm anına kadarki katkıları [47] kapsamaktadır. Bir eşin diğerine yapacağı katkının bir mal edinme, bir malı iyileştirme veya malı korumaya yönelik olması gereklidir. Malın edinilmesine, mülkiyetin edinilmesi yanında kullanım hakkının edinilmesi de girebilir. Malın iyileştirilmesine malın değerinin artması yönündeki eşlerin evlilik

44 DEMİR, s.300.
45 KILIÇOĞLU, s. 25.
46 KILIÇOĞLU, s.9.
47 KILIÇOĞLU, s.10.

birliğinin ihtiyaçları ve çocuklar için yaptığı katkı, katkı alacağına neden olmamaktadır. Bu katkı doğrudan veya dolaylı olabilir[48]. Doğrudan katkıda, bir eş, diğerinin bir mal edinmesine doğrudan katkıda bulunur. Örneğin bir eşin aldığı arabanın yarı bedelini diğer eşin ödemesi gibi . Dolaylı katkıda ise, bir eş, diğerinin mal edinmesine doğrudan bir katkı yapmaz, ancak mal edinen eşinin yapacağı bir harcamadan tasarruf etmesini sağlar. Örneğin, çalışan bir kadın satın aldığı taşınmazın taksitlerini ödemişse, eşine sadece çocukların ve evin geçim masraflarını karşılamak kalmışsa kadın, eşine dolaylı katkıda bulunmuş sayılır. Katkı, malvarlığı veya emek[49] ile olabilir. Bu katkının karşılıksız yapılmış olması ve yapılan katkının uygun bir karşılığının da alınmamış olması gerekir.

Değer artış payı alacağı, katılma alacağından farklı olarak eşler arasında mal rejimi ne olursa olsun doğabilen bir alacaktır[50], eşin katkısı oranında talep edilebilen bir alacaktır, hesap yapılırken katkıda bulunulan maldaki borçlar dikkate alınmaz, zina veya hayata kast sebebiyle boşanma davası açılması durumunda bu alacak için hakkaniyete uygun olarak hakim azaltılması veya kaldırılması kararını veremez, değer artış payı alacaklısı eş, katkıda bulunduğu malın borçlu eş tarafından karşılıksız olarak elden çıkartılması halinde, bu karşılıksız kazandırmadan yararlanan üçüncü kişileri bu alacaktan sorumlu tutamaz, katkının kanıtlanması gereken bir alacaktır[51]. Davacının katkısının kanıtlanması ve daha sonra katkı oranının bulunması gerekir[52].

Katkı payı ile değer artış payı terimleri Türk hukuk doktrininde aynı içerikte kabul edilse de, ancak tabi oldukları mal rejimleri bakımından farklı bulunmaktadır[53]. Katkı payı alacağı, mal ayrılığına ilişkinken, değer artış payı alacağı edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkindir[54].Bu iki kavrama dayanan dava birbirine davacının katkısının kanıtlanması ve daha sonra katkı oranının bulunması yönlerinden benzemektedir, ancak tarihsel bakımdan farklı davalardır, çünkü katkı payı alacağı davasında katkıda bulunulduğu iddia edilen mala katkıda bulunulduğu ileri sürülen

48 KILIÇOĞLU, s.13.

49 Ancak emekten anlaşılması gereken bir eşin ev işlerine ve çocukların bakımına harcadığı emek değildir, buradaki emek, diğer eşin mal edinmesi, malını iyileştirmesi veya korunmasına yönelik bir emektir. KILIÇOĞLU, s.17.

50 KILIÇOĞLU, s.25.

51 KILIÇOĞLU, s.25 vd.

52 DEMİR, s.296.

53 KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Kanunu 'muzun Aile- Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004, s.236 vd., ZEYTİN, s.132-133, ACABEY, s.39-41 .

54 OKTAY ÖZDEMİR , s.603.

tarih 01. 01. 2002 tarihinden önce olduğu halde,"değer artış payı alacağı" davasına konu malın edinildiği, katkı yapıldığı ileri sürülen tarih 01. 01. 2002 tarihinden sonradır[55].Katkı payı talebi, boşanmanın fer 'i sonucu değildir.Bu katkının yapılması için evliliğin ölüm veya boşanma ile sona ermiş olması ve evlilik sırasında yapılmış ve evlilik sona erdiğinde eşin malvarlığında somut katkı olarak kendisini gösteren bir harcamanın yapılmış olduğunun ispat edilmesi gerekir[56].

Değer artış payı alacağı davasında ise katkı oranı ile malın tasfiye tarihindeki (karara en yakın tarih) sürüm değeri çarpılmak sureti ile değer artış payı alacağı miktar olarak belirlenecektir. Ayrıca, değer artış payı davasında; katkıda bulunulan malda bir değerkaybı oldu ise katkının başlangıçtaki değeri esas alınacaktır. Katkıda bulunulan mal, daha önce elden çıkartıldıysa,hakim davacının alacağını hakkaniyete uygun olarak belirler (TMK.m.227).

Değer artış payı alacağının belirlenmesinde katkının yapıldığı tarihteki katkı oranı belirlenmelidir, daha sonra katkıda bulunulan malın tarihindeki piyasa değeri belirlenmelidir. Malın değerinin belirlenmesinde, katkıda bulunulan malın katkı tarihinden sonra değer kazanabilir veya katkı tarihinden sonra değer kaybedebilir. Eski MK. dönemindeki katkı alacakları için katkıda bulunulan malın katkı alacağı davası açıldığı gündeki piyasa değerine bakılmalıdır. Yeni TMK. dönemindeki değer artış payı alacağı ise katkıda bulunulan malın değeri için tasfiye tarihindeki piyasa değerine bakılacaktır.

Y. 2. HD. T.11.03.2015 E.2015/3260 K.2015/4166 sayılı kararın[57] özetinde "Araç eşler arasında mal ayrılığının geçerli olduğu dönemde edinilmiş ise, bu rejimde mal kime aitse onundur. Şayet, diğer eş, bu aracın edinilmesine maddi bir katkı sağlamış ise ispatlaması şartıyla katkısı karşılığı bir alacak talep edebilir. Araç edinilmiş ise, bir eşin bütün malları aksi ispatlanana kadar edinilmiş mal kabul edilir. Edinilmiş malların ne şekilde tasfiye edileceği ise TMK.m.226-231 'de gösterilmiştir. Bu hükümlere göre eklenecek ve denkleştirilecek bir değer mevcut değilse diğer eşin maddi bir katkısının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, rejimin sona erdiği tarihte mevcut olan edinilmiş malın, tasfiye anındaki değerinin yarısı üzerinde diğer eş katılma alacağına sahiptir. Davalı-davacının araçla ilgili talebinin incelenerek neticesine göre karar verilmesi gerekirken, bu*yönler araştırılmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.* "Bu davada taraflar 27.11.1993 tarihinde ev-

55 ŞİMŞEK, s.391.

56 OKTAY ÖZDEMİR, s.610.

57 (www.kazanci.com.tr)

lenmişlerdir, bu tarihten 0101.2002 tarihine kadar eşlerin arasında mal ayrılığı, 01.01.2002 'den 04.07.2011 boşanma davasının açıldığı tarihe kadar ise edinilmiş mallara katılma rejimi mevcuttur. Araç,davacı-davalı kadın adına kayıtlı olup, 1992 model olup mal ayrılığının bulunduğu dönemde edinilmiştir. Bu nedenle mal kime aitse onundur. *Diğer eşin bu aracın edinilmesine maddi bir katkısının olup olmadığının incelenmesi sonucunda karar vermesi gerekirken ilk derece mahkemesi eksik inceleme ile karar verdiğinden Y. 8. HD. tarafından kanımızca haklı olarak bozma kararı verilmiştir.*

Y.8. HD. T. 09.02.2015 E.2014/25611 K. 2015/3227 sayılı kararın[58] özetinde "Davacının ziynet eşyalarına ilişkin olarak usulüne göre açılmış bir davası mevcuttur. HMK.m.26 hükmünde "Hakim, tarafların talep sonuçları ile bağlıdır., ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez... "kuralı getirilmiştir. Bu nedenle mahkemece işin esasına girilmek suretiyle bu konuda toplanan deliller değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi doğru olmamıştır. "Bu davada, davacı vekili 6149 parselde kayıtlı taşınmaz, 34 VL 0778 plakalı araca ve işletilmek üzere açılan kuruyemişçi dükkanına vekil edenin katkısı sebebiyle fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 305.000 TL katkı payının faiziyle tahsili ve ayrıca davalı tarafından bozdurulan ve iade edilmeyen ziynet eşyalarının iadesi, olmadığı takdirde 5.600 nin tahsiline karar verilmesini istemiştir. Taraflar 25.05.1978 tarihinde evlenmişler, 01.02.2007 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin kararın 15.09.2009 tarihinde kesinleşmesiyle boşanmışlardır. Eşler arasındaki mal rejimi, TMK.m.225 /son gereği boşanma davasının açıldığı tarihte sona ermiştir. Evlilik tarihinden yeni TMK.'nun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar 743 s. MK. m.170 gereği mal ayrılığı rejimi, 01.01.2002 tarihinden boşanma davasının açıldığı tarihe kadar eşler başka bir mal rejimini seçmediklerinden edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir. Y. 8. HD., bu davada eşler arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde taşınmaz edinilmiş olduğundan davacının evlilik süresince gelir getiren işte çalışmadığından ve başka bir biçimde katkısını ileri sürüp ispat etmediğinden *kanımızca haklı olarak taşınmaza katkısının olmadığı, araç ve kuruyemişçi dükkanlarının tarafların oğulları adına kayıtlı olup, mal rejiminin tasfiyesi kurallarına göre çözümlenmeyeceğinden davacı vekilinin itirazlarını reddetmiştir ve ziynet eşyaları ile ilgili ilk derece mahkemesinin toplanan delillere göre değerlendirme yapmaması nedeniyle bozma kararı vermiştir.*

58 (www.kazanci.com.tr)

Y.8. HD. T.24.05.2010 E. 2010/6957 K.2010/2712 sayılı kararın [59] özetinde "Boşanmış eşler arasındaki mal paylaşımı davasında, eşler arasında bir dönem mal ayrılığı rejimi, bir dönem ise edinilmiş mallara katılma rejime geçerli olmuştur. Mahkemece, bankadaki para bakımından bu dönemlerin farklı değerlendirilmesi gerektiği, paranın edinilmiş mallara katılma rejimi dönemindeki faiz veya getirisinin edinilmiş mal olduğu hususunun gözönüne alınması gerekir. "Bu davada taraflar, 01.07.1991 tarihinde evlenmişlerdir, 08.09.2004 tarihinde boşanma davası açılmış ve 09.07.2007 tarihinde kesinleşmiştir. Taraflar arasında 01.07.1991 tarihinden 01.10.2002 tarihine kadar mal ayrılığı rejimi, 01.01.2002 tarihinden 08.09.2004 tarihine kadar edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir. Davacı, davalı adına kayıtlı malvarlığı üzerinde tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece Mahkemesi, ana para olan 170.000 ABD doları bakımından kişisel mal kabul etmiş, ancak bu paranın faizini 01.01.2002 tarihinden sonra edinilmiş mal kabul etmemiştir. Y. 8. HD. ise , davalı adına bankaya 31.01.2001 tarihinde havale edilen 170.000 ABD dolarının edinilmesinde davacının katkısı ispatlanamadığından davalının kişisel malı olarak kabul etmiştir ve bu paranın faizi için *kanımızca haklı olarak* 01.01.2002 tarihinden sonra edinilmiş mal olarak kabul edilerek ne kadar olduğunun bilirkişi kurulunca incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.

bb. Edinilmiş Mallara Giden Kişisel Malların Karşılığı

Eşlerden birinin edinilmiş malına ilişkin borcu kendi kişisel malından ödenmişse, bu borcun tasfiyede hesaba katılması gereklidir. Bu nedenle denkleştirme yapılmalıdır.

cc. Borçlar

Eşlerin edinilmiş mallara ilişkin borçları, pasif değer kalemlerindendir.

c. Artık Değere Katılma Alacağının Paylaştırılması

Her eşin artık değer alacağı, Kanuna göre (TMK.m.236/I) aktif değerlerden pasif değerlerin çıkarılması sonucunda bulunan rakamın yarısı üzerindeki alacak hakkıdır. Bu kural emredici kural değildir[60]. Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma davalarında hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını hakkaniyete uygun olarak azaltılma veya kaldırma kararı verebilir. Bu talep,sadece boşanma sebeplerinden zina veya hayata kast nedeni varsa mümkündür[61]. Y.8. HD.15.11.2011 E. 2011/5257,

59 (www.kazanci.com.tr)

60 AKINTÜRK/ATEŞ , s.172.

61 www. kazanci.com.tr

K.2011/5888 sayılı kararında "Davacı TMK. 236/2. maddesinin olayda uygulanmasını istemiş olup, zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir. Taraflar arasındaki boşanma davası sadakatsizlikten kaynaklanan şiddetli geçimsizliğe dayalı olarak açılmış, boşanma ile sonuçlanmış ve kesinleşmiştir. Bu nedenle TMK. 236/2. maddesinin olayda uygulanma imkanı da yoktur" .*Bu kararda Y. 8. HD. kanımızca isabetli olarak sadece artık değerdeki pay oranının azaltılmasında veya kaldırılmasında sadakatsizlikten doğan evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebinin hüküm kapsamına girmeyeceğini, sadece maddenin lafzı kapsamında yorumlanması gerektiğini açıkça belirtmiştir.*

Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle katılma alacağı için başka bir oran belirleyebilirler. Ancak bu tür anlaşmaların eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve altsoylarının saklı paylarını zedelememesi gereklidir (TMK. m.237).

Evliliğin iptali kararı veya boşanma kararı veya mal ayrılığı kararı hallerinde kanundaki artık değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı anlaşmalar, ancak mal rejimi sözleşmesinde açıkça öngörülmesine bağlıdır (TMK.m.238) . Böylece bu hükümle eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapma özgürlüğü sınırlanmıştır[62].

VI. Katılma Alacağının ve Değer Artış Payı Alacağının Ödenmesi

1. Ödemenin Nakit veya Ayın Olması

Katılma alacağının alacaklısı, kural olarak eşlerdir. Ancak evlilik ölümle sona ermişse ölen eşin tasfiye sonucunda ortaya çıkacak olan katılma alacağı kendisinin mirasçılarına geçmektedir. Katılma alacağının borçlusu ise kural olarak eşlerdir. Ancak evlilik ölümle sona ermişse borçlu, ölen eşin mirasçılarıdır[63].Üçüncü kişi de katılma alacağının borçlusu olabilir (TMK.m.241).

Katılma alacağını ve değer artış alacağının ödenmesi ayın veya parayla yapılabilir. Ayni ödemede malların sürüm değeri esas alınır. Bir mesleğin icrasına ayrılmış birimler ile işletmenin bütünlüğü gözetilir (TMK.m.239/II).

Katılma alacağı ve değer artış payı ciddi güçlükler doğuracaksa borçlu eş, ödemelerinin uygun süre ertelenmesini isteyebilir (TMK.m.239/II). Borcu erteleme hakkı, sadece eşe tanınmıştır.

62 AKINTÜRK/ATEŞ , s.173.

63 ÖZTAN, s.543.

2. Ölüm Halinde Konut veya Konut Eşyasında Ayni Hak Talebi

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlere tanınan katılma alacağının tek istisnası TMK.m.240 hükmünde düzenlenen aile konutu ve ev eşyasıyla ilgili düzenlemedir. Sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirmek amacıyla ölen eşine ait olan konut üzerinde tasfiye sonucunda ortaya çıkan katılma alacağına mahsup edilmek , eğer yetmezse bedel ödenerek intifa ve oturma hakkı tanınmasını isteyebilir.

Ölen eşin aile konutu üzerindeki hakkı ferdi mülkiyet veya birlikte mülkiyet olabilir.*Aile konutu üzerinde paylı mülkiyet eşler arasında mevcutsa madde metnindeki "ölen eşin mülkiyetinde "ifadesini tam mülkiyet olarak yorumlamadığımız için kanımızca sağ kalan eş TMK.m.240 hükmüne dayanarak talepte bulunabilir. Eğer paylı mülkiyet ölen eş ve üçüncü kişi arasındaysa , bu durum üçüncü kişinin hukuki durumunda bir değişikliğe neden olmuyorsa sağ kalan eşe aile konutu üzerinde ayni hak talep edebileceği kanısındayız. Ancak eğer aile konutu üzerinde ölen eşin üçüncü kişi veya eşiyle elbirliği mülkiyeti varsa bu durumda sağ kalan eşin bu maddeye göre bir talepte bulunamayacağını görüşüne*[64] *biz de katılıyoruz.*

Sağ kalan eş, mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamaz. Tarımsal işletme ile ilgili ise miras hukuku hükümleri saklı tutulmuştur .Mal rejimi sözleşmesiyle başka düzenlemeler yapılmışsa bunlar saklı tutulmuştur. Aile konutunun ölen eşin edinilmiş malı veya kişisel malı olması arasında fark yoktur[65]. Sağ kalan eşin aynı koşullar altında ev eşyası kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.

Evlilik sonrasındaki dayanışma fikrine dayanarak kanunkoyucu sağ kalan eşin o ana kadarki yaşam standardını devam ettirmesi için sadece ölüm halinde aile konutu ve ev eşyası üzerinde ayni hak talebi öngörülmüştür.Haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin mülkiyet hakkı tanınabilir (TMK.m.240III) .Haklı sebeplerin neler olduğu maddede belirtilmemiştir. Sağ kalan eşin ve ölen eşin mirasçılarının sağ kalan eş lehine aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı tanınması konusunda anlaşmaları durumunda sorun yoktur .Ancak tarafların bu konuda anlaşamamaları halinde hakim haklı nedenlerin neler olduğunu ve olayda gerçekleşip ger-

64 KILIÇOĞLU, Yenilikler, s.85.

65 ŞIPKA,Şükran, Türk Medeni Kanunu 'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Eşin Rızası, İstanbul 2002, s.321.

çekleşmediğini belirleyecektir[66].Burada hakimin taraflar arasında dengeyi koruması gereklidir.

TMK.m.240 hükmü katılma alacağından söz etmektedir. Değer artış payı için bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışılmıştır, bu noktada Kanun 'da TMK.m.239 'da her iki alacağın da belirtilmesine rağmen TMK.m.240 'da sadece katılma alacağından söz edilmesinin bir hata olduğu, sağ kalan eşin değer artış payı varsa bunu talep etmesi gerektiği görüşü[67]yanında, bir hata olmadığı sağ kalan eşin değer artış payı alacağını talep edemeyeceği görüşü [68]de ileri sürülmüştür.

3. Borçluya Vade Tanınması ve Alacağa Faizin ve Güvence Verilmesi

Yeni TMK. ile eşler arasında cebri icra yasağı kaldırıldığından m.217 hükmü ile eşler arasındaki mal rejiminin birbirlerinden olan alacaklarının muaccel hale gelmesine engel kalmamıştır. Böylece edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sonucunda alacaklı olan eş, borçlu eşten alacağını talep edebilir.

Katılma alacağından doğan borç ve değer artış payı alacağından doğan borç para borcu[69] olduğundan para borçlarındaki temerrüde ilişkin hükümler uygulanabilir.Mal rejiminin tasfiyesi yargılama sonucunda gerçekleşmişse ve karar kesinleşmişse kararda katılma alacağının hangi tarihte muaccel hale geldiği ve hangi tarihten itibaren hangi oranda temerrüt faizine tabi olduğu gösterilmelidir. Eğer mal rejiminin tasfiyesi eşler arasındaki anlaşma sonucunda gerçekleşmişse bunun tamamlandığı anda borç muaccel hale gelmektedir[70].

Mal rejim tasfiyesi sonucunda katılma alacağı ve değer artış payı alacağına faiz yürütülür. Durum ve koşullar gerektiriyorsa ayrıca borçludan güvence istenebilir (TMK.m.239/III).Tarafların faiz oranını ve faizin başlangıç tarihini aralarında kararlaştırmaları mümkündür. Eğer anlaşma yoksa burada uygulanacak faiz oranı 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun 'da öngörülen faiz oranıdır.TMK.m.239/I hükmüne göre katılma alacağı ve değer artış payı alacağı için faiz yürütülmesinde alacaklının borçlu temerrüdündeki borçluya ihtar etmesi şartı aranmamıştır. Kanun koyucunun böyle bir ihtar şartı aramamasının sebebi, borç ilişkisinin taraflarının eşler olmasıdır, evlilik ilişkisiyle bağdaşmamasıdır[71].

66 NEBİOĞLU ÖNER,Şebnem, Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, Ankara 2014, s.149.

67 ÖZTAN, s.548.

68 DURAL/OĞUZ/GÜMÜŞ, s. 237.

69 CEYLAN, Doktora tezi, s.1037.

70 KILIÇOĞLU, s.136.

71 KILIÇOĞLU, s.137.

4. Karşılıklı Alacakların Takas Edilmesi

Eşlerin karşılıklı alacaklarının takas edilmesi mümkündür (TMK.m.236/Ic. son).Eşlerin karşılıklı alacakları, katılma alacağı ise bu konuda doktrinde bir tartışma yoktur, ancak değer artış payı alacağının takas edilmesi tartışmalıdır. Bir görüşe göre[72] TMK.m.236/I c.2 'de geçen alacaklar takas edilir düzenlemesinin eşlerin karşılıklı alacakları için de uygulanabileceğini ileri sürerken, diğer görüş ise[73] bu maddenin dar yorumlanması gerektiğini , bu düzenlemenin sadece katılma alacağı bakımından geçerli olduğunu belirtmektedir. Bu maddenin dar yorumlanması gerektiğini ileri süren görüş, bu maddede geçen takasın TBK.m.139'da belirtilen takas kavramından farklı olduğunu, bunun Kanundan dolayı öngörülen ve emredici bir takas olduğunu belirtmektedir, halbuki TBK. m.139'daki takas, tarafların irade beyanlarına dayanmaktadır.

5. Katılma Alacağının Azaltılması Veya Reddi

TMK.m.236 /II hükmünde edinilmiş mallara katılma rejiminde zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.

Y. 2. HD. T.18.07.2011 E.2010/11719 K.2011/12472 sayılı kararının[74] özetinde "Mahkemece katılma alacağının TMK.m.236/II 'ye göre reddine karar verilmiştir. Eşin artık değer üzerinde pay oranının tümüyle kaldırılmasına ya da azaltılmasına karar verilebilmesi için boşanmanın özel sebebi olan zina veya hayata kast nedenine dayalı olarak gerçekleşmesi gereklidir. Mahkemece TMK.m. 166/I düzenlenen evlilik temelinden sarsılması genel boşanma sebebine dayalı olarak boşanmalarına karar verilmiş ve boşanma hükmü taraflarca temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir. Bu durumda dinlenebilir hale gelen davacı-davalı kadının katılma alacağı istemiyle ilgili olarak, taraflara delillerini gösterme olanağı tanınması ve gösterdikleri takdirde toplanarak gerçekleşecek sonuca göre karar verilmek üzere hükmün bozulmasını gerektirmiştir. "*Kanımızca bu davada TMK.m. 236/II hükmünde sadece zina ve hayata kast durumlarında katılma alacağının azaltılması veya reddi hakkında hakime takdir yetkisi kabul edilmiştir, bu nedenle Yargıtay isabetli olarak hükmü bozmuştur.*

72 KILIÇOĞLU, s. 48.

73 ÖZTAN, s.492.

74 (www. kazanci. com.tr)

6. Zamanaşımı Süresi

Yeni TMK. edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağına özgü olarak bir zamanaşımı süresi belirlememiştir. Bu durum, katılma alacağına uygulanacak zamanaşımı konusunda tartışmalara neden olmuştur.

Mal rejimi tasfiyesinin aile hukukunun bir parçası olduğundan katılma alacağı davalarında zamanaşımı süresinin TMK.m.178 hükmüne göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürülmüştür[75]. Bu görüşe göre boşanmanın fer 'i sayılan nafaka, maddi ve manevi tazminat davalarında bir yıllık sürenin uygulanmasının, mal rejimi bakımından ise on yıllık sürenin uygulanmasının çelişki oluşturmaktadır. Bu görüşe karşı olan katıldığımız görüşe göre [76] katılma alacağı davalarında Kanunun sistematiği bakımından TMK.m.178 hükmünün boşanma kısmında yer aldığını, bu nedenle bu hükmün boşanmanın fer 'ileri için uygulanması gerektiğini, mal rejimleri için uygulanmasının mümkün olmadığını,mal rejiminin tasfiyesinin boşanmanın fer'i niteliğinde olmadığını ileri sürmüşlerdir, TMK.m.178 hükmüne dayandırmanın kanun koyucunun amacına uygun düşmediğini ve boşanmayla sınırlı olarak düzenleme yapmış olduğunu belirtmişlerdir.

Y. 2. HD. 05.02.2007 T. E.2006/9383 K. 2007/1228 sayılı kararında[77] katılma alacağında zamanaşımı başlangıcının mal rejiminin sona erdiği tarih olarak dikkate alınması doktrinde eleştirilmiştir[78]. Bu kararda Yargıtay 'ın tasfiyeyi talep ile katılma alacağı talebi arasında bir ayırım yapmaması ve katılma alacağı talebi yönünden mal rejiminin sona erdiği tarih olarak dikkate alınması isabetli bulunmamıştır. *Kanımızca da katılma alacağı tasfiyenin sona ermesiyle talep edilecek bir alacak olduğundan tasfiye talebiyle katılma alacağı talebi birbirinden ayrılması gereklidir.Zamanaşımının başlangıcı tasfiye talebi için mal rejiminin sona erme anından, katılma alacağı için tasfiyenin sona erme anından başlamalıdır.*

YHGK. T. 12.06.2013 E.2013/8-1013 K.2013/816 sayılı kararın[79] özetinde "Tarafların 21.08.2000 tarihinde evlendikleri, 09.01.2009 tarihinde açılan boşanma davasının kabulle sonuçlandığı ve boşanma hükmünün 03.07.2009 tarihinde kesinleşmiş olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre ıslah tarihi olan 24.02.2011 tarihi itibariyle Kanunda öngörülen on yıllık

75 ACAR, Faruk, Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, 3. Bası, Ankara 2012, s.284, ÖZUĞUR, Ali İhsan, Mal Rejimleri, 5. Bası, Ankara 2008, s. 82.

76 KILIÇOĞLU, s.147; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.233.

77 (www.kazanci.com.tr)

78 ŞIPKA, Şükran, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri, Bilge Öztan 'a Armağan, Ankara 2008, s.843.

79 (www.kazanci.com.tr)

zamanaşımı süresinin geçmediği kabul edilmelidir. Hal böyle olunca, yerel mahkemenin eldeki katılma alacağı davasının belirsiz alacak davası niteliğinde olduğu, belirsiz alacak davalarında zamanaşımının işlemediği yönündeki direnme kararı yerinde değilse de, katılma alacağında zamanaşımı süresinin 6098 sayılı TBK. m.146 uyarınca on yıl olarak uygulanması gerektiğinden direnme kararının belirtilen değişik gerekçe ile oybirliğiyle onanması gerekmiştir".

Y. 8. HD. T. 23.02.2015 E. 2013 /20764 K. 2015 /4805 sayılı kararın[80] özetinde "Somut olayda tarafların evli iken muris S. A. 'nın ölümü ile TMK.m.559 maddesine göre mirası bir bütün halde alacak ve borçları ile birlikte kanun gereğince kazandıklarından mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada uygulanması gereken zamanaşımı süresi 10 yıldır. Hal böyleyken tarafların murisleri arasındaki mal rejiminin sona erdiği 11.09.2009 tarihi ile eldeki davanın açıldığı 29.03.2012 tarihi arasında 10 yıllık süre geçmediğinden tarafların bildirdikleri deliller toplanıp sonuca göre bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir. "Bu davada davacı vekili, muris S. A. 'nın 11.09.2009 tarihinde ölümüyle geriye sağ kalan eşi davacı ve murisin kardeşleri davalıların kaldığını, murise ait taşınmazdan oluşan malvarlığının evlilik birliği içinde davacının kişisel malı da kullanılarak edinildiğini ve mal rejiminin tasfiyesinden doğan toplam 30.000 TL nin davalılardan tahsiline ve dava konusu taşınmazın sağ kalan eş adına tesciline karar verilmesini istemiştir. İlk derece mahkemesi taraflar arasında mal rejimi sözleşmesi bulunmadığını, bu bakımdan yasal mal rejiminin uygulanması gereken zamanaşımı süresinin 1 yıl olduğundan, davanın süresinde açılmadığını ileri sürerek davayı reddetmesi üzerine davacı vekili temyiz etmiştir. Bu davada davacı ile davalılar murisi 10.10.1977 tarihinde evlenmiş ve evlilik birliği 11.09.2009 tarihinde murisin ölümüyle son bulmuştur. TMK. m.225/I 'e göre evliliğin ölüm ile sona erdirilmesi durumunda eşler arasındaki mal rejimi ölüm tarihi itibariyle son bulur. Dava konusu taşınmazın 20.08.1987 tarihinde edinilmiş olması 743 sayılı MK. döneminde edinilmiş olduğunu göstermektedir. Katılma alacağı, yeni TMK. yürürlükte olduğu dönemde edinilen mallar bakımından doğmaktadır. *Bu nedenle bu olayda Y. 8. HD. si kanımızca haklı olarak davacı lehine davacı lehine katılma alacağı oluşmadığından davacının konut üzerinde mülkiyet hakkı talebinin reddi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, ilk derece mahkemesinin ileri sürdüğü zamanaşımı süresinin 1 yıl olduğu ve bu nedenle sürenin bittiği gerekçesinin isabetli bulmamıştır. Evliliğin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda zamanaşımı süresi TMK.m.5 hükmü gereği 6098 s. TBK.m.*

80 (www.kazanci.com.tr)

146 'da yer alan 10 yıl olarak kabul edilmiş olduğundan Y.8.HD., ilk derece mahkemesinin görüşüne kanımızca haklı olarak katılmamıştır. Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesi durumunda zamanaşımı süresi Y.8. HD. Tarafından 1 yıl kabul edilmekteydi. Ancak YHGK. T. 17.04.2013 E.2013/8-375 K.2013/520 sayılı kararıyla TMK.m.5 hükmü gereği 6098 s. TBK.m. 146 'da yer alan 10 yıl olarak kabul edilmiş olduğundan Y. 8. HD. si tarafından da benimsenmiştir.

7. Katılma Alacağının Borçlu Eşin Malvarlığının veya Terekesinin Karşılamaması Durumu

Katılma alacağının borçlusu, kural olarak eşlerdir. Ancak borçlu eşin malvarlığından veya terekesinden katılma alacağı tahsil edilemezse hak sahibi eşe üçüncü kişilere başvurma imkanı TMK.m.241 hükmünde tanınmaktadır. Belirli şartlar altında üçüncü kişilerden katılma alacağı istenebilir[81]. Bu hükme göre üçüncü kişilere talepte bulunmak için talepte bulunacak eşin katılma alacağının varlığı gereklidir. Edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaların iadesi üçüncü kişilerden istenebilir. TMK. m.229 hükmüne göre katılma alacağına eklenmesi gereken değerlerden birincisi eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalardır. Karşılıksız kazandırmalara, genellikle bağışlamalar ve ölüme bağlı tasarruflarla yapılan kazandırmalar girer.

Bu kazandırmaların ne amaçla yapılmadığının önemi yoktur. İkincisi ise, bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerdir. Burada bir süre sınırı yoktur, önemli olan iyiniyetle yapılmamış olmasıdır[82]. Böylece edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaların mal rejiminin sona ermesinden sonra üçüncü kişilerden talep edilmesi mümkün değildir[83].

Borçlu eşin malvarlığının katılma alacağını karşılayıp karşılamayacağı tasfiye sonrasında belli olmaktadır. Bu nedenle alacaklı eşin, TMK.m.241 hükmü gereği üçüncü kişilere başvurması için katılma alacağının bir kısmını veya tamamını tahsil edememiş olması bu hükmün uygulama şartlarından biridir. Borçlunun malvarlığının katılma alacağını karşılayıp karşılamadığı belirlenirken hangi anın esas alınacağı tartışmalıdır. Bir görüş,

81 ÖZTAŞ, İlker, Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi, Legal Hukuk Dergisi, Şubat 2011, s.557.

82 AKINTÜRK/ATEŞ, s.168.

83 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.228; Bu görüşe karşı görüş ise, mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılacak bir kazandırmanın da katılma alacağının miktarını hesaplamakta etkili olmasa da, katılma alacağının elde edilmesini engelleyebileceği düşüncesine dayanmaktadır. ZEYTİN, s.242; ÖZTAŞ, s. 562.

borçlu eşin malvarlığının tasfiye sırasındaki değerinin[84], diğer görüş ise tasfiye anının[85], bir diğer görüş[86] ise sürüm değerinin dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür.

Katılma alacaklısı eş, üçüncü kişiye karşı borçlu eşin malvarlığından veya terekesinden karşılanmayan kısmı talep edebilir. TMK.m.241 hükmünün gerçekleştiğini ispat yükümlülüğü katılma alacaklısı eşe veya mirasçılarına aittir. Ancak TMK.m.229/II 'ye göre edinilmiş mallara değer olarak eklenmesi gereken mallara ilişkin uyuşmazlıkların görüldüğü davaların üçüncü kişilere ihbar edilmesi halinde, mahkeme kararının üçüncü kişilere ihbar edilmesi halinde, mahkeme kararı, üçüncü kişiler için de bağlayıcıdır.

Üçüncü kişinin karşılıksız kazandırmayı elinden çıkarması halinde üçüncü kişinin sorumluluğunun kapsamı TMK.m.241/III atfı nedeniyle tenkis davasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla tesbit edilmektedir. Tenkise tabi kazandırmalarda geri verme borcunu düzenleyen TMK.m.566 hükmü TMK.m.241 hükmü bakımından da uygulanacaktır.

TMK.m.241 hükmünün şartlarının varlığı halinde dava hakkı, alacaklı eş veya mirasçılarının haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve herhalde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl hak düşürücü süreye tabidir.

Sonuç

Mal rejiminin tasfiyesine yönelik bir davanın açılabilmesi için taraflar arasındaki mevcut mal rejiminin sona ermesi gereklidir.Edinilmiş mallara katılma rejiminde sona erme durumları TMK.m.225 hükmünde düzenlenmiştir.Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin aşamaları vardır. Hak sahibi eşin korunması bakımından malların değerlerinin belirlenmesinde hangi anın esas alınacağı önemlidir. Mal rejiminin sona erdiği sırada her eşin mevcut olan edinilmiş malları tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılmaktadır, hesapta eklenecek olanların değeri ise malın devredildiği tarih esas alınarak hesaba katılmaktadır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin mallarının niteliğinin belirlenmesi önemli bir hukuki sorundur. Uygulamada yaşanılan tasfiye davalarının büyük bir kısmında eşlerin mallarının edinilmiş mal veya kişisel mal olup olmadığının tespitiyle ilgili uzmanlara başvurulmaktadır.TMK.

84 ÖZTAN, s.543.

85 ZEYTİN, s.243-244.

86 SARI, Suat**,** Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007,s.256.

'nun mal rejimi kurallarının doğru uygulanması için kuralların amacı iyi anlaşılmalıdır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden ispat yükü altındadır. Eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen bir mal varsa bu mal eşlerin paylı mülkiyetinde sayılmaktadır.

Eşlerin edinilmiş malları,mal rejiminde eşlerin edindiği kazancından harcayıp sahip olduğu mallar olup, eşlerin bağımlı veya bağımsız çalışmaları sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bir malın "edinilmiş mal "kabul edilmesinde mal rejimi süresince edinilmiş olması ve emek karşılığında edinilmiş olması gerekir. Kişisel mallar ise kanuna veya sözleşmeye göre düzenlenmiştir. Her eş yasal sınırlar içinde kişisel ve edinilmiş mallarını yönetebilir, yararlanabilir ve tasarruf edebilir. Ancak eşlerin paylı malları varsa aksine anlaşma olmadıkça eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarruf edemez.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, tasfiye sonucunda eşlerin birbirlerinden doğabilecek alacakları artık değere katılma alacağı, değer artış payı alacağı ve denkleştirme alacağıdır.

Artık değere katılma alacağı, edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin evlilik içinde çalışma karşılıkları elde ettikleri malvarlığının mal rejimi sona erdiğinde kanunun belirlediği şekilde tasfiye sonucunda ortaya çıkan alacaktır. Katılma alacağı boşanmanın Fer'i nitelikte bir alacak değildir. Kanundan doğan bu alacak hakkı, mal rejimi sona erdiği anda muaccel olmaktadır ve bu alacağa ilişkin kural olarak ayni talepte bulunulamaz. Ancak bu kuralın iki istisnası vardır. Birinci istisnası aile konutu ve ev eşyası üzerinde sağ kalan eşin belirli şartlara bağlı olarak ayni hak talebinin mümkün olduğu TMK.m. 240 hükmünde düzenlenmiştir. İkinci istisnası ise TMK.m. 226/II'de düzenlenen alacaklı eşin paylı mal üzerinde üstün yararını ispatlaması ve diğerinin payını ödemek şartıyla o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilmesidir. Katılma alacağının azaltılması veya reddedilmesi ancak belirli boşanma sebepleri halinde mümkündür. Bu boşanma sebepleri zina ve hayata kasttır.

Değer artış payı alacağı, edinilmiş mallara katılma rejimi süresince bir eşin diğerinin mal edinmesine, iyileştirmesine veya korunmasına yaptığı karşılıksız katkısı oranındaki alacak hakkıdır. Katkı payı alacağı ise eski MK. döneminde mal ayrılığı rejiminde bir eşin evlilik içinde diğer eşin malvarlığına yaptığı katkının sonucunda malvarlığında artış olması halinde evlilik sona erdiğinde katkıyı yapan eşin hakkıdır.Bu nedenle katkı

payı alacağı, değer artış payı alacağından mal rejimi bakımından farklı bir alacaktır.

Denkleştirme alacağı bir eşin kişisel mallara ilişkin borçları edinilmiş mallardan veya edinilmiş mallara ilişkin borçları kişisel mallardan ödenmişse söz konusu olabilir. TMK.m.230 hükmü, eşlerden birinin evlilik birliği devam ederken edinilmiş ve kişisel malları arasındaki değer kaymalarını önleyen bir hükümdür.

TMK'da edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağına özgü olarak zamanaşımı süresi belirlenmemiş olduğundan katılma alacağına uygulanacak zamanaşımı süresi tartışmalara neden olmuştur. Ancak bugün YHGK'nın 17.04.2013 tarihindeki kararıyla TMK.m.5 hükmü gereği 6098 s. TBK. m.146 'da yer alan 10 yıllık süre kabul edilmiştir.

KAYNAKÇA

ACABEY, M. Beşir: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Birliği,Yüksek Lisans Tezi, İzmir 1998.

ACAR, Faruk: Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, 3. Bası, Ankara 2012.

AKINTÜRK, Turgut /ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C. 2, 18. Baskı,İstanbul 2016.

CEYLAN, Ebru: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri ile İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler", Prof.Dr. Ömer Teoman'a Armağan, C. II, İstanbul 2002, s.1053-1119.

CEYLAN, Ebru: Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi,Galatasaray Üniversitesi yayınları, İstanbul Ocak 2006 (atıf şekli: Doktora tezi).

DEMİR, Mehmet: Türk Medeni Kanuna Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı ve Denkleştirme Alacağı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.61,Yıl: 2005, s.292-303.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan /GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş Onbirinci Baskı, İstanbul 2016.

HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK: Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Kanunu'muzun Aile- Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004 . (atıf şekli: Yenilikler)

KILIÇOĞLU, Ahmet: Katkı-Katılma Alacağı, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2012.

NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem: Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, Ankara 2014.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Yargıtay Kararları Işığında Katkı Payı Kavramı, Talep Koşulları ve Hesabı, Prof. Dr. Şener Akyol 'a Armağan, İstanbul 2011, s. 597-618.

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.

ÖZTAŞ, İlker: Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi, Legal Hukuk Dergisi,Yıl: 2011, S. 98, s. 553-579.

ÖZUĞUR, Ali İhsan: Mal Rejimleri, 5. Bası, Ankara 2008 .

SARI, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.

ŞIPKA , Şükran Taman: Türk Aile Hukukunda Karı Koca Mal Rejimleri Sisteminde Yapılmak İstenen Düzenlemeler Hakkında Düşünceler, Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, s.353 vd. (atıf şekli: düşünceler)

ŞIPKA, Şükran:Türk Medeni Kanunu 'nda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Eşin Rızası, İstanbul 2002.(atıf şekli: aile konutu)

ŞIPKA, Şükran: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri, Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.839-849.

ŞİMŞEK, Mustafa: Uygulamada Mal Rejimi Davaları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart- Nisan 2012, Yıl: 24, S.99,s.381-395.

ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, M. B. / GÖKYAYLA, Emre: Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri –Kişiler, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2000.

ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2005.

TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİ

Ahmet SEZER[1]

Kişilerin eşya üzerindeki egemenliğini sağlayan hukuk dalına eşya hukuku denmektedir. Taşınır ve taşınmaz mülkiyeti de eşya hukuku içinde incelenmektedir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun Türk Hukukuna getirdiği yeniliklerdendir ve daha çok da koşulları henüz gerçekleşmediği için kurulması olanaksız olan asıl satım sözleşmesinin görevini yerine getirmek üzere kolay ve güvenli bir yol olarak görülüp tercih edilen bir sözleşme türüdür.

TANIMI

Kaynağını 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu' nun 29. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu'nun 237. maddesi ile Türk Medeni Kanunu'nun 706., Noterlik Kanunu'nun 60/3 ve 89. ve Tapu Kanunu'nun 26. maddesinde düzenlenmiştir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi; **noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür.** Satış vaadi sözleşmelerini sadece noterler resmi senede bağlayabilirler. Tapu müdürlüğünde satış vaadi sözleşmesi düzenlenemez.

Taşınmız satış vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde TMK'nın 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tesçil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.Satış borçlusu ise, vaad edilen taşınmaz için ödenmeyen bedel varsa bedelin ödenmesini isteyebilir.[2]

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanan tescil isteminin hüküm altına alınabilmesi için sözleşmede kararlaştırılan bedel ödenmiş olmalıdır. Bedel hiç ödenmemiş veya bedelden ödenmeyen bir kısım var ise, bu bedel TBK'nın 97. maddesi uyarınca davalı adına depo ettirilmelidir.[3]

---

1 Beykoz Hakimi

2 **Madde 716 -** "Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması halinde hakimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir..."

3 **Madde 97-** Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın,

Taşınmaz satış vaadine konu taşınmazın bedeli hiç ödenmemiş veya eksik ödenmiş ise dava tarihdeki rayiç değeri tespit ettirilerek bu bedel depo ettirilmelidir.[4]

KONUSU

Satış vaadi sözleşmesinin konusu tapuda kayıtlı taşınmazlardır. Başka kanunlar uyarınca taşınmaz kabul edilse bile satış vaadi sözleşmesine konu olabilmesi için tapu sicilinde taşınmaz olarak kayıtlı olması gerekir. Bağımsız bölümler açısından ise, tapu kaydının oluşması veya oluşabilmesi gerekir.[5] Bütünleyici parca (TMK 684), doğal ürünler (TMK 685) taşınmaz değildir. Bağlı olduğu taşınmazla beraber satış vaadine konu olabilseler de, tek başlarına konu olamazlar. Kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmamış dairenin veya muhtesetın satışı geçersizdir.[6]

Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağı bulunmalıdır. Taşınmaz satımına ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 237-246 madde hükümleri tapulu taşınmazlara ilişkindir. Bu nedenle, taşınmaz satış vadi sözleşmesine konu taşınmazın tapuda kayıtlı olması zorunlu ise de sözleşme sırasında satış vaadi borçlusunun taşınmazın maliki olması gerekmez. Çünkü taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmakla vaat borçlusu ileride o taşınmaz malın mülkiyetini vaat alacaklısına geçirme taahhüdünde bulunabilir. Bu nedenle ifanın talep edildiği tarihte taşınmazın satış vaadi borçlusunun mülkiyetinde olup olmadığına bakmak gerekir. Taşınmaz mülkiyeti satış vaadi borçlusunda ise ferağa icbar davası kabul edilmelidir.

---

sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.

4 Y, 14.HD; T:13.11.2015, E: 2015/10774 K: 2015/10298, uyap.gov.tr, ".. Davacı satış bedelinin tamamının ödendiği kanıtlanayamadığına göre dava konusu taşınmazın dava tarihindeki rayiç değeri belirlenerek, ödenen 5.000.000,00 ETL taşınmazın sözleşmedeki satış bedeli olan 10.000.000,00 ETL'ye oranlanmalı ve bu orana göre dava konusu bağımsız bölümün dava tarihindeki rayiç değeri üzerinden belirlenecek bakiye satış bedelinin depo edilmesi için davacıya süre verilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, satış bedelinin ödenmeyen kısmının güncelleştirilmiş değeri esas alınarak hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir..."

5 Y,14.HD, T:02.11.2015, E:2015/10784,K:2015/9599,uyap.gov.tr, "...Davada dayanılan satış vaadi sözleşmesinde 5 numaralı bağımsız bölüm satışa konu edilmiş ise de dava konusu taşınmaz arsa vasfında olup henüz kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmamış, bağımsız bölümlere ilişkin tapu kayıtları oluşmamıştır. Her ne kadar davalı tarafından bu şekilde vaaadde bulunulmuş ise de söz konusu bina ruhsatsız bir inşaat olup kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulu olmadığından bu aşamada sözleşmenin ifa olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..."

6 Y, 14.HD, E:2015/4112, K:2015/3514, uyap.gov.tr

Kişisel borç doğuran bir sözleşme olması nedeniyle satış vaadi sözleşmesinin geçerli olması için vaad borçlusunun satış vaadinin yapıldığı tarihte tapuda kayıtlı taşınmazın maliki olması gerekmez. Bir başka anlatımla, borç doğuran bir sözleşmenin geçerliliği, hiç bir zaman satıcının satış tarihinde veya daha sonra o şeye malik olması şartına bağlı değildir. Vaatte bulunanın, satış vaadinin konusunu oluşturan taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin varlığını aramak da gerekmez.[7],[8]

Bilindiği gibi, genelde temlik borcu doğuran sözleşmelerden olan satım sözleşmelerinde satış konusu olan malın, sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olmasına ya da satıcının malvarlığında bulunmasına gerek yoktur. Bu itibarla ilerde yapılacak veya üretilecek yahut hâsıl olacak şeyler de satışa konu teşkil edebilirler. Bir başka anlatımla, satıcı başkasına ait şeyleri de satabilir. Eğer satıcı başkasına ait şeyi satmış ve ifa zamanına kadar da o şey üzerinde tasarruf yetkisini elde edememişse ve bu yüzden borcunu yerine getiremiyorsa, TBK'nın 112.maddesi gereince, ifa imkansızlığı nedeniyle tazminat ödemekle yükümlü tutulur.

Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağı bulunmalıdır. Elbirliği mülkiyetine (TMK'nın 701. md) konu bir taşınmazda elbirliği (iştirak halinde) ortaklarından birinin, ortaklık dışı bir kişiye satım vaadinde bulunması halinde, sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerli olmakla birlikte elbirliği ortaklığı çözülünceye kadar sözleşmenin ifa olanağının varlığından söz edilemez. Bu durum, satışı vaat edilen taşınmazın tapusunda temliki tasarrufu engelleyen bir kaydın bulunması veya 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesi hükmüne aykırı şekilde taşınmaz satışı vaat edilmesi ya da vaade konu taşınmazın bir başka mahkemede mülkiyet uyuşmazlığına konu olması halinde de geçerlidir.

Elbirliği mülkiyetin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davasını TMK'nın 644. maddesi uyarınca mirasçılar isteyebilir. Yasada öngörülen ayrık hükümler dışında mirasçı olmayanların dava hakkı bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, satış vaadi alacaklısı TMK'nın 644. maddesine dayanarak elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini isteme hakkı yoktur.[9]

Satış vaadine konu taşınmaz, satış vaadi alacaklısı tarafından usule aykırı olarak alınan yetkiye dayanarak mahkme kararı ile,elbirliği mül-

7 Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.4, s.308

8 Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.4, s.308) .

9 Y,14.HD; T:03.03.2014, E: 2013/15501, K: 2014/2767, uyap.gov.tr

kiyeti paylı mülkiyete dönüştürülmüş, verilen karar da temyiz edilmeden kesinleşmiş ise, elbirliği mülkiyeti çözülmüş var kabul edilip, tapu iptal ve tesçil davasına bakılmalıdır.[10]

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda toprağın korunması, geliştirilmesi, tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerin çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak planlı kullanımını sağlayacak usul ve esasları belirlemek amacıyla yeniden bazı düzenlemeler yapılmıştır.

Kanunun **"Tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi"** başlıklı 8. maddesi gereğince tarım arazileri; doğal özellikleri ve ülke tarımındaki önemine göre, nitelikleri mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ve marjinal tarım arazileri olarak sınıflandırılmıştır. Yapılan düzenlemelerle, asgari tarımsal arazi büyüklüğüne erişmiş tarımsal arazilerin bölünemez eşya niteliği kazanmış olacağı, asgari tarımsal arazi büyüklüğünün mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük belirlenemeyeceği, ifraz edilemeyeceği, hisselendirilemeyeceği, Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedinin artırılamayacağı hüküm altına alınmıştır.[11]

---

10 Y,14.HD, T:29.11.2012, E: 2012/12484,K: 2012/13876, uyap.gov.tr, "TMK'nun 644. maddesi gereğince ancak malik M'nin mirasçılarından biri elbirliği ortaklığının paylı mülkiyete dönüştürülmesini isteyebilir. Ancak, mahkemece mirasçı olmayan davacı tarafa 4721 sayılı TMK'nun 644. maddesi gereği dava açmak için yetki verilmiş ve davacı tarafından Niğde Sulh Hukuk Mahkemesinde 29.3.2006 tarihinde açılan dava sonucunda 29 parsel sayılı taşınmazda murisin 1/2 payının paylı mülkiyete çevrilmesine karar verilmiş ve bu karar temyiz edilmeden kesinleşmiştir. Artık ortada elbirliği ortaklığının paylı mülkiyete çevrilmesine dair kesinleşmiş bir hüküm bulunmaktadır. Bu kararı ve kararla oluşan yeni mülkiyet durumunu yok saymak mümkün değildir. Bu nedenle sözleşmenin ifa kabiliyeti bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi doğru değildir..."

11 **Madde 8** - (Değişik madde: 31/01/2007-5578 S.K./2.mad)

Tarım arazileri; doğal özellikleri ve ülke tarımındaki önemine göre, nitelikleri Bakanlık tarafından belirlenen mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ve marjinal tarım arazileri olarak sınıflandırılır. Ayrıca Bakanlık tarım arazilerinin korunması, geliştirilmesi ve kullanımı ile ilgili farklı sınıflandırmalar yapabilir.

(Değişik fıkra: 30/04/2014-6537 S.K./4. md) Asgari tarımsal arazi büyüklüğü, bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek Bakanlık tarafından belirlenir. Belirlenen asgari büyüklüğe erişmiş tarımsal araziler, bölünemez eşya niteliği kazanmış olur.

(Değişik fıkra: 30/04/2014-6537 S.K./4. md) Asgari tarımsal arazi büyüklüğü; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili

Birlikte mülkiyetin söz konusu olduğu tarım arazilerinin asgari tarımsal arazi büyüklüklerinin altında ifrazı, dolayısıyla satışı mümkün değildir. Ancak, bu nitelikteki arazilerde asgari tarımsal arazi büyüklüklerinin altındaki yüzölçümlerine karşılık gelen mevcut payların bölünmeden üçüncü kişilere satışına bir engel bulunmamaktadır.

5578 Sayılı Kanunla değiştirilen 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8. maddesi gereğince bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinin mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne sebeple gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda bu arazilerin ifraz edilemeyeceği, payların 3. şahıslara satılamayacağı, devredilemeyeceği hükmü mevcutken, 5403 Sayılı Kanun'un 8. maddesinde 30.04.2014 tarihli ve 6537 Sayılı Kanun'un 4. maddesi ile yapılan değişiklikle "tarım araziler bakanlıkça belirlenen büyüklüklerinin altında ifraz edilemez, hisselendirilemez. Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adeti artırılamaz...." şeklinde düzenleme yapıldığından artık asgari tarımsal arazi büyüklüklerinin altındaki arazilerde de payın üçüncü şahıslara satışı ve devri mümkün hale gelmiştir.

Somut uyuşmazlıkta; davalıların murisi CE'nin 799 parsel sayılı taşınmaz dışında dava konusu edilen 495, 496, 505, 933 ve 938 parsel sayılı taşınmazlarda müstakilen pay sahibi olduğu sabittir. 5403 Sayılı Kanun'un 8. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle 495, 496, 505, 933 ve 938 parseller yönünden davanın kabulü gerekirken reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir.[12]

Tarım arazisinin hangi sınıfa girdiğinin Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Tarım İl veya İlçe Müdürlüklerinden sorulmak suretiyle veya ilgilisi tarafından alınacak yazı ile belgelendirilmesi gerekir.

3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nun 13/1 maddesi gereğince ''Uygulama alanlarında Bakanlar Kurulu kararının Resmi Gazete'de yayımı tarihinden itibaren,

tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük belirlenemez. Bakanlık asgari tarımsal arazi büyüklüklerini günün koşullarına göre artırabilir. Tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselendirilemez, Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi artırılamaz. Ancak, tarım dışı kullanım izni verilen alanlar veya çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak ihtiyaçları olan bitkilerin yetiştiği alanlarda arazi özellikleri nedeniyle belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklüğünden daha küçük parsellerin oluşması gerekli olduğu takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir.

12 Y,14.HD; T:14.01.2015, E: 2014/8573 , K: 2015/308, uyap.gov.tr

kamulaştırma, toplulaştırma, arazi değiştirilmesi ve dağıtım işlemlerinin tamamlanması veya tapuya tescili sonuçlandırılıncaya kadar, gerçek kişilerle özel hukuk tüzel kişilerine ait arazinin mülkiyet ve zilyetliği devir ve temlik edilemez. Bu araziler ipotek edilemez ve satış vaadine konu olamaz. Ancak, bu kısıtlama süresi beş yılı aşamaz." [13]

775 sayılı Yasa'nın 34. maddesinin 1. fıkrasında "Bu kanun hükümlerine göre belediyelerce tahsis olunan arsalar, yapılar ve bu arsalar üzerinde yapılan bina ile meydana gelen taşınmaz mallar tahsis tarihinden itibaren 10 yıl süre içinde devir ve temlik olunamaz, rehin ve diğer ayni haklarla takyit edilemez, satış vaadi sözleşmesine konu teşkil edemez..." hükmü yer almış ise de bu düzenleme, takyit süresi içinde satış vaadi sözleşmesi yapılmasına engel teşkil etmez. 10 yıllık takyit süresinin geçmesinden sonra da satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağı doğmuş olduğundan mahkemece, yasal takyit süresi dolduktan sonra açılan tapu iptali ve tesçil davası yönünden karar virilebilir.[14]

3194 sayılı Kanun'un 18/13. maddesi gereğince imar planı olmayan yerlerde her türlü yapılaşma amacıyla arsa ve parselleri hisselere ayıracak özel parselasyon planları ve satış vaadi sözleşmesi yapılamaz.[15]

---

13 **Madde 13**-(Değişik fıkra: 23/02/2001 - 4626 S.K./2. md.) Uygulama alanlarında Bakanlar Kurulu kararının Resmi Gazetede yayımı tarihinden itibaren, kamulaştırma, toplulaştırma, arazi değiştirilmesi ve dağıtım işlemlerinin tamamlanması veya tapuya tescil sonuçlandırılıncaya kadar, gerçek kişilerle özel hukuk tüzel kişilerine ait arazinin mülkiyet ve zilyetliği devir ve temlik edilemez. Bu araziler ipotek edilemez ve satış vaadine konu olamaz. Ancak, bu kısıtlama süresi beş yılı aşamaz. Sulama şebekesi tamamlanıp sulamaya geçinceye kadar da aynı işlemler yapılmaz. Bu kısıtlamada ise süre beş yılı aşamaz. Ancak, sulama alanlarında toplulaştırma çalışmaları kısıtlama süresi içerisinde sonuçlandırılamadığı takdirde, Tarım Reformu Genel Müdürlüğünün teklifi ve Tarım ve Köyişleri Bakanlığının onayı ile toplulaştırma çalışmalarının sonuçlandırılması amacıyla kısıtlama süresi en fazla beş yıla kadar daha uzatılabilir.

14 Madde 34 - (Değişik fıkra: 02/03/1988-3414/4 md.) Bu Kanun hükümlerine göre belediyelerce tahsis olunan arsalar, yapılar ve bu arsalar üzerinde yapılan bina ile meydana gelen taşınmaz mallar, tahsis tarihinden itibaren 10 yıl süre içinde:

a) Devir ve temlik olunamaz.

b) Rehin, ve diğer ayni haklarla takyidedilemez.

c) Satış va'di sözleşmesine konu teşkil edemez.

d) Taksim ve satış suretiyle şüyuun giderilmesi talebine konu olamaz.

e) Haczedilemez ve işgal olunamaz.

15 Veraset yolu ile intikal eden, bu Kanun hükümlerine göre şüyulandırılan Kat Mülkiyeti Kanunu uygulaması, tarım ve hayvancılık, turizm, sanayi ve depolama amacı için yapılan hisselendirmeler ile cebri icra yolu ile satılanlar hariç imar planı olmayan yerlerde her türlü yapılaşma amacıyla arsa ve parselleri hisselere ayıracak özel parselasyon planları, satış vaadi sözleşmeleri yapılamaz.

HUKUKİ DAYANAĞI

Türk Borçlar Kanunu, kural olarak sözleşmelerde şekil serbestisini benimsemiştir. Bu husus Kanun'un 121maddesinde açıkça belirtilmiş, ancak aynı kanunun 12/2. maddesinde ise, kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil varsa, şekil şartı geçerlilik şartıdır.

TBK'nın 29/1. maddesi gereğince, Bir sözleşmenin ileridekurulmasına ilişkin sözleşmelerin geçerli olduğu düzenlenmiştir.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcunu doğuran sözleşmelere ilişkin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Hukuki İşlem" başlıklı 706.maddesinde:

"Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.

TBK'nın 237. maddesinde, taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır.Taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz.

2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26. maddesi taşınmaz satışları için tapu sicil muhafız ya da memurlarını yetkili kılmışken, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 60/3 ve 89. maddeleri taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin noterlerce düzenleme şeklinde(resen) yapılacağı kuralını getirmiştir.

HUKUKİ NİTELİĞİ

Önsözleşme başlığını taşıyan TBK'nın 29.maddesinde " Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir.K anunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır."

Satış vaadi sözleşmesinin TBK'nın 29. maddesinin kenar başlığından bir ön sözleşme olduğu anlaşılmaktadır.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcunu doğuran sözleşmelere ilişkin TMK'nın "Hukuki İşlem" başlıklı 706. maddesinde: "Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır. Ölüme bağlı tasarruflar ve mal rejimi sözleşmeleri, kendilerine özgü şekillere tabidir." Düzenlemesi yer almaktadır.

Kaynağını TBK m.29. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, TBK'nın 237. maddesi ve TMK'nın 706 ve Noterlik Kanunu'nun 89. maddeleri hükmü uyarınca, noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan ve tam iki tarafa borç yükleyen kişisel hak doğuran önsözleşmelerdendir.

ŞEKLİ

Taşınmazların devir borcunu doğuran sözleşmelerin resmi şekle tabi olmasının amacı, değerinin yüksek olması,tarafları daha dikkatli olmaya teşvik etmek ve irade beyanının açıklık kazanmasını sağlamaktır.[16]

Türk Borçlar Kanunu, kural olarak sözleşmelerde şekil serbestisini benimsemiştir. Nitekim bu husus Kanunun 12.maddesinin 1.fıkrasında açıkça belirtilmiş, ancak yasada tersine kural bulunması halinde şekle bağlılık kabul edilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında da, kanunda bir şekil öngörülmüşse ve bu şekil kapsam ve sonuçları için başkaca kural konulmamışsa, sözleşmenin bu şekle uyulmadıkça geçerli olmayacağı hükme bağlanmıştır.

Yine, "önsözleşme" başlığı altında aynı Kanunun 29 maddesinde; " Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.." denilmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun TBK 237/2 maddesinde de, sözleşmenin şekli başlığı altında; taşınmaz satışının geçerli olması için getirilen resmi senede bağlanması şartı, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri için de öngörülmüştür. 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 60/3 ve 89. maddeleri taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin noterlerce düzenleme şeklinde (resen) yapılacağı kuralını getirmiştir.

Burada, kanunun öngördüğü şeklin bir geçerlilik (sıhhat) şartı olarak düzenlendiğini, buna uyulmadan yapılan sözleşmelere "geçersizlik" müeyyidesinin bağlandığını, bunun hukuki mahiyet olarak emredici nitelikte olduğunu, bu nedenle de "geçersizlik" müeyyidesine bağlanan şekil eksikliğinin hâkim tarafından, taraflar ileri sürmeseler dahi, yargılamanın her aşamasında resen gözönüne alınması gerekmektedir.

Kaynağını 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 29. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 237. maddesi ile Türk Medenî Kanununun 706. ve Noterlik Kanunu'nun

16 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop. Eşya Hukuku, c:1,5.bası, s:657

89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medenî Kanunu'nun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.

Yukarıdaki yasal düzenlemelerden görülmektedir ki, bir sözleşmenin sıhhati hangi şekle tabi ise taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de aynı şekle tabidir.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcunu doğuran sözleşmelere ilişkin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Hukuki İşlem" başlıklı 706. maddesinde:

"Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.

Bu bağlamda 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26. maddesi taşınmaz satışları için tapu sicil muhafız ya da memurlarını yetkili kılmışken, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 60/3 ve 89. maddeleri taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin noterlerce düzenleme şeklinde(resen) yapılacağı kuralını getirmiştir.

Bu açık hükümler göstermektedir ki, resmi senede bağlanmayan tapuda kayıtlı taşınmaz satımları ile noterde düzenleme biçiminde (resen) yapılmamış olan taşınmaz satış vaadine ilişkin sözleşmeler geçersizdir.

Tarafların yalnızca imzalarının noterde onaylanması, şözleşmenin resmi şekilde yapıldığı anlamına gelmez. Sözleşmenin geçersiz olduğu, satış vaadine dayalı olarak açılan tapu iptali ve tesçil davasında her zaman ileri sürülebilir. Ancak, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin geçersizliği tespit davası olarak ileri sürülemez.[17]

Satış vaadinde bulunan, noterde düzenlenen senette satmayı vaadediyorum yerine sattım kelimesini kullansa, vaad alacaklısıda almayı vaad ediyorum ibaresi yerine aldım kelimesini kullansa, tarfların iradeleri taşınmaz satış vaadine yönelik olduğundan, satış vaadi geçerlidir.[18]

17 Y,13.HD, T:22.04.1981,:2682, K:3053, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age, s:688
18 YHGK, T:10.02.1960,4/6-188,Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age, s:689

ŞERHİ

Satış vaadi sözleşmesi 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26 ve TMK'nın 1009. maddelerine dayanılarak tapu kayıtlarına şerh verilebilir. Kişisel hak sağlayan satış vaadi sözleşmesi tapu kaydına şerh verilmekle ayni etkili hale gelir. TMK'nın 1009/2.maddesinde de bu satış vaadi şerhi o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı da ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Kuşkusuz, Tapu Kanunu'nun 26.maddesi uyarınca tapuya şerh verilen satış vaadi sözleşmeleri şerh tarihinden itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmez ise tapu sicil müdürü veya memuru tarafından resen terkin edilir. 22.07.2013 gün ve 5150 sayılı Tapu Sicil Tüzüğü'nün 69.maddesinde terkinin, tescilin kendisine hak sağladığı kimsenin istemine ya da yetkili makam veya mahkeme kararına dayanılarak yapılacağı belirtilmiştir. Süresi geçtiği halde terkin edilmeyen satış vaadi sözleşmesi şerhi ayni hak kuvvetini yitirerek tekrar şahsi hak sağlar duruma dönüşür.

2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26. maddesinin 7 ve 8. fıkralarında da; noterlikçe düzenlenen satış vaadi sözleşmelerinin taraflardan biri isterse taşınmaz siciline şerh verileceği, şerhten itibaren beş yıl içinde satış yapılmazsa,tapuya tescil edilmezse bu şerhin tapu sicil muhafızı veya memuru tarafından re'sen terkin olunacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakka, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme gücü verilmiştir.

Özünde kendine özgü yapısıyla şahsi hak niteliğinde olan satış vaadi sözleşmeleri getirilen bu tapuya şerh olanağı ile güçlendirilmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin sağladığı şahsi hakkı ayni hakka dönüştürmemekle birlikte "ayni tesir" kazandıran bu şerhin geçerliliği de satış vaadi sözleşmesinin geçerliliğine bağlıdır. Geçersiz bir sözleşmeye dayanılarak tapuya işlenen şerhin geçerliliğinden ve koruyuculuğundan da söz edilemez.

Tapuya şerh verilen taşınmazın, satış vaadinde bulunan tarafından üçüncü kişiye devri halinde, satış vaadi alacaklısı isterse, satış vaadi borçlusuna karşı tazminat, isterse üçüncü kişiye karşı tapu iptali ve tesçil davası açabilir.

Satış vaadi sözleşmesi tapuya şerh verilmemiş olsada, satış vaadi borçlusu, satış vaadine kanu taşınmazı kötüniyetle üçüncü kişiye devretse, üçüncük kişide, satış vaadi sözleşmesini bilerek kötü niyetle taşınmazı devralsa, satış vaadi alacaklısı kişisel hakkına dayanarak tapu iptali ve tesçil davası açabilir.[19]

19 Y, 14.HD, T:18.03.2010, E:2010/2103, K:2010/2979, uyap.gov.tr

Hukukumuzda, kişilerin satın aldığı şeylerin ileride kendilerinden geri alınabileceği endişesi taşımamaları, dolayısıyla toplum düzeninin sağlanması düşüncesiyle, taşınmazı satın alan kişinin iyiniyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bir tanımlama yapmak gerekirse iyiniyetten maksat, hakkın doğumuna engel olacak bir hususun hak iktisap edilirken kusursuz olarak bilinmemesidir.

Belirtilen ilke, TMK'nın 1023.maddesinde aynen "tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde hükme bağlanmıştır. Aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024.maddede "bir ayni hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tesçile dayanamaz" biçiminde vurgulanmıştır. Ne var ki, tapulu taşınmazların intikallerinde huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin iyiniyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır.

Kayıt malikinin mülkiyeti kötüniyetle kazandığı ileri sürülmüş ise, üçüncü kişinin ayni hakkın yolsuz olarak tesçil edildiğini bilen veya bilmesi gereken şahıs olup olmadığına bakılması gerekir. Çünkü, TMK'nın 1024. maddesi uyarınca bir ayni hak yolsuz olarak tescil edilmişse bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişilerin yolsuz olan bu tescile dayanma olanakları yoktur ve yasa ve uygulamadaki deyimiyle bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan ve hukuki sebepten yoksun bulunan tesçiller yolsuz tescil sayılacağından, hakkı zedelenen üçüncü kişinin iyiniyetli olmayan malike karşı doğrudan doğruya şahsi hakkına dayanması mümkündür.[20]

20 Y,14.HD, T:09.12.2014, E:2014/9647, K:2014/14089, uyap.gov.tr "...Somut uyuşmazlıkta, davacı, davalı F..ile 03.07.2000 günü düzenledikleri satış vaadi sözleşmesine dayanarak taşınmazların adına tescilini istemiştir. Davacının dayandığı sözleşme 58, 406, 456, 464, 706, 1025, 1350, 1608 ve 2700 parsel sayılı taşınmazların tapu kaydına 12.07.2000 tarihinde şerh verilmiştir. Çekişme konusu 869, 1074, 2664 ve 2765 parsel sayılı taşınmazlarda ise herhangi bir şerh bulunmamaktadır. Satış vaadi sözleşmesi 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26 ve TMK'nın 1009. maddelerine dayanılarak tapu kayıtlarına şerh verilebilir. Kişisel hak sağlayan satış vaadi sözleşmesi tapu kaydına şerh verilmekle ayni etkili hale gelir. TMK'nın 1009/2.maddesinde de bu satış vaadi şerhi o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı da ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Kuşkusuz, Tapu Kanunu'nun 26.maddesi uyarınca tapuya şerh verilen satış vaadi sözleşmeleri şerh tarihinden itibaren beş yıl içinde satış yapılmaz veya irtifak hakkı tesis ve tapuya tescil edilmez ise tapu sicil müdürü veya memuru tarafından resen terkin edilir. 22.07.2013 gün ve 5150 sayılı Tapu Sicil Tüzüğü'nün 69.maddesinde terkinin, tescilin kendisine hak sağladığı kimsenin istemine ya da yetkili makam veya mahkeme kararına dayanılarak yapılacağı belirtilmiştir. Süresi geçtiği halde terkin edilmeyen satış vaadi sözleşmesi şerhi ayni hak kuvvetini yitirerek tekrar şahsi hak sağlar

TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.

Satış vaadi sözleşmesinde mülkiyeti nakil borcu yükümlüsünün ölümü halinde dava mirasçılarına karşı yöneltilerek tescil istenebilir. Türk Medeni Kanununun 28. maddesinde gerçek kişinin ölümüyle medeni haklardan yararlanma ehliyeti ve buna bağlı olarak da taraf ehliyetinin sona ereceği belirtilmiştir.

Şahsi hak kavramı üzerinde durulması gerekmektedir. Bilindiği üzere hak, genel olarak kişilere hukuk tarafından tanınmış yetki olarak tanımlanabilir. Mutlak haklar ait oldukları şeyler üzerinde mevcut ve tekel halinde olan yetkilerdir. Nispi (şahsi) haklar ise sahibine bir borç ilişkisi dolayısı ile bir şeyin verilmesi, yapılması, yapılmaması gibi belli bir edimin yerine getirilmesini isteme yetkisi verir. Mutlak hakların maddi mallara ilişkin olanlarına ayni hak denir. Mutlak haklar herkese karşı ileri sürülebildiği halde şahsi haklar sadece borç ilişkisinin borçlusuna karşı ileri sürülebilir.

6098 sayılı TBK' nın 27 maddesine göre: "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur." Aynı şekilde, 6098 sayılı TBK' nın 112.madesine göre " Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun

duruma dönüşür. Somut olayda, çekişme konusu bir kısım taşınmazlara 12.07.2000 tarihinde satış vaadi şerhi verilmiş, şerhin ayni etkisini yitirmesinden sonraki bir tarih olan 10.10.2008 günü taşınmazlar davalı İ.H.' ya satış yoluyla devredilmiştir. Bu durumda anılan davalının taşınmazları yolsuz olarak edinip edinmediği, başka bir deyişle TMK'nın 1023. maddesi uyarınca iyiniyetli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Sicilden terkini gerektiğinden ayni hak kuvvetini yitirerek şahsi hak sağlayan satış vaadi sözleşemesi şerhi yargılama sırasında dahi kayıtlarda göründüğünden TMK'nın 1020. Maddesinde düzenlenen tapu sicilinin aleniliği ilkesi uyarınca davalının sözleşmeden bilgisi olmadığını ve iyiniyetli olduğunu savunması bir değer taşımayacaktır. Zira satış vaadi sözleşmesi sadece ayni hak kuvvetini yitirmiş olup, geçerliliği kaybetmemiştir. Mahkemece, satış vaadi şerhi bulunan 58 parsel sayılı taşınmaz ile ilgili istemin de kabulü gerekirken davalı İ. Ö' nün iyiniyetli üçüncü kişi olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir.

yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür." hükmünü taşımaktadır. 6098 sayılı TBK'nın 136. maddesi ise " Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.

Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.", demek suretiyle, imkânsızlık kavramını düzenlemiştir.

İfanın İmkânsızlığı, ifa engeli sebeplerinden birini oluşturur. Gerçekten de, imkânsızlık, sürekli, kalıcı, temelli bir ifa engelidir. Bu niteliği ile imkânsızlık, temerrüdün karşıtıdır. İmkânsızlığın pratik önemi borçluya karşı aynen ifanın zorla sağlanamamasında ortaya çıkar.[21] Diğer bir ifadeyle imkânsızlık, borçlanılan edimin ya baştan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da sonradan borçlu veya diğer herhangi bir kimse tarafından objektif, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini önleyen, fiili veya hukuki engellere verilen isim olarak tarif edilebilir

İmkânsızlık, bir veya birden çok edimi kapsayabilir. Ayrıca, edimin ifasının imkânsızlığı, asli edimler yanında yan edimler için de söz konusu olabilir. İmkânsızlık genellikle edim sonucuna ilişkin olmalıdır. Ancak, bazı durumlarda imkânsızlık, edim fiiline ilişkin de olabilir. İmkânsızlık bir insan fiilinden veya tabiat olayından doğması yanında, mantıki, hukuki veya fiili sebeplerden de kaynaklanabilir

TBK'nın 27. maddesi geriğince, bir sözleşmenin konusu mümkün değilse, o sözleşme imkânsızdır. Burada söz konusu olan imkânsızlık, başlangıçtaki, yani sözleşme yapıldığı sırada mevcut olan imkânsızlıktır (objektif imkansızlık). Bu halde, konusu hukuki veya fiili sebeplerden dolayı imkânsız olan sözleşme butlan yaptırımına tabidir ve başlangıçtan itibaren geçersizdir. Butlan yaptırımından bahsedebilmek için, imkânsızlık sözleşmenin konusu ile ilgili olmalı ve yalnız borçlu bakımından değil,

21 Serozan, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 3.Cilt, 4.Bası, İstanbul 2006, s. 163.

objektif mahiyette ve herkes için söz konusu olmalıdır. Batıl bir sözleşme baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Fakat, sözleşme yapılırken taraflardan biri imkânsızlığı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve buna rağmen diğer tarafı bundan haberdar etmemişse, bu durumda karşı tarafın uğradığı menfi zararı karşılamakla yükümlüdür.[22] TBK'nın136 maddesine göre, edimin yerine getirilmesi sözleşme yapıldıktan sonra imkânsız olursa ve bu imkânsızlıkta borçlunun kusuru bulunmazsa, borçlu borcundan kurtulur. Burada sözleşme, başlangıçtaki imkânsızlık gibi butlan yaptırımına tabi olmamakla birlikte, borçlu borcundan kurtulmaktadır. Borçluyu borcundan kurtaran imkânsızlığın objektif veya sübjektif olması önemli değildir. Sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan imkânsızlık, ister objektif ister sübjektif olsun, borçlunun kusuruna dayanmadıkça, borçlu borcundan kurtulur. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlık, borçlunun kusuruna dayanıyorsa, borçlu bundan sorumlu olur. Sonraki imkânsızlık, ister objektif ister sübjektif mahiyette olsun, borçlunun kusuru söz konusu olursa, borçlu bundan sorumlu olur.

İmkânsızlık; objektif-sübjektif imkânsızlık, başlangıçtaki-sonraki imkânsızlık, tam-kısmi imkânsızlık, sürekli-geçici imkânsızlık, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık ve borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık seklinde çeşitli türlere ayrılabilir (Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmelerde Başlangıçtaki İmkânsızlık, Hüküm Ve Sonuçları Zeynep İpek Yücer, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi s. 22 vd.).

Objektif imkânsızlık, TBK'nın 27, 112. ve 136. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Objektif imkânsızlık-sübjektif imkânsızlık ayrımı baştaki imkânsızlık halinde önem kazanmaktadır. Sonraki imkânsızlığın doğurduğu hukuki sonuçlar açısından, objektif imkânsızlık ile sübjektif imkânsızlık arasında bir fark bulunmamaktadır. TBK'nı 27. maddesine göre başlangıçtaki objektif imkânsızlık bir butlan sebebidir. Önemli olan, edimi sadece borçlunun mu, yoksa herkesin mi yerine getirip getiremeyeceğidir. Buna göre, eğer edim, borçlu da dahil üçüncü kişiler tarafından da yerine getirilemiyorsa, imkânsızlık objektiftir

TBK'nın 136. maddesinde yer alan şekilde, borçluya yükletilemeyen sonraki imkânsızlık hallerinde borçlunun borcu sona ereceğinden, borçlunun karşı taraftan aldığı şeyleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmesi gerekir. Henüz almadığı şeyleri ise isteme hakkından mahrum olur. Ancak, bu durumda da istisnai olarak TBK'nın 136.maddesine göre; taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile borçluya yüklenemeyen

22 Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul 2006, s.116

imkânsızlık halinde borçlunun karşı taraftan aldığı şeyleri muhafaza edeceğini kararlaştırabilirler.

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlık halinde borçlunun kusuru söz konusu ise borçlu, alacaklı zarara uğramışsa, bunu tazmin etmek zorunda kalır.

Şüphesiz geçici imkânsızlığın varlığı, beraberinde tarafların bu sözleşmeyle ne kadar süre bağlı kalacakları sorununu getirir. Bu konudaki kural "ahde vefa, söze sadakat" ilkesi gereği tarafların sözleşmeyle bağlı tutulmasıdır. Ancak bazı özel durumlar vardır ki, tarafları o sözleşmeyle bağlı saymak hem onların ekonomik özgürlüklerini engeller, hem de bir başkası ile sözleşme yapma fırsatını ortadan kaldırır. Uygulamada, geçici imkânsızlık halinde tarafların o sözleşmeyle bağlı tutulma süresine "akde tahammül süresi" denilmektedir. Bu sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğini de her somut olaya göre ve onun çerçevesinde değerlendirmek gerekir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.04.2010 gün ve 2010/15-193- 235 sayılı ilamı).

Bilindiği gibi, genelde temlik borcu doğuran sözleşmelerden olan satım sözleşmelerinde satış konusu olan malın, sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olmasına ya da satıcının malvarlığında bulunmasına gerek yoktur. Bu itibarla ilerde yapılacak veya üretilecek yahut hâsıl olacak şeyler de satışa konu teşkil edebilirler. Bir başka anlatımla, satıcı başkasına ait şeyleri de satabilir. Eğer satıcı başkasına ait şeyi satmış ve ifa zamanına kadar da o şey üzerinde tasarruf yetkisini elde edememişse ve bu yüzden borcunu yerine getiremiyorsa, ademi ifa nedeniyle tazminat ödemekle yükümlü tutulabilir. Borç doğuran bir sözleşmenin geçerliliği, hiç bir zaman satıcının satış tarihinde veya daha sonra o şeye malik olması şartına bağlı değildir. Vaatte bulunanın, satış vaadinin konusunu oluşturan taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin varlığını aramak da gerekmez . Böyle bir sözleşme, "borç doğuran" bir sözleşme olarak geçerlidir ve sonuçta sübjektif imkânsızlık nedeniyle tasarrufi işlemin, yani ifanın yerine getirilememesi sonunda meydana gelen zararın tazmini, TBK'nın.112.maddesi gereğince satıcıdan istenebileceği gibi, eğer bir ceza şartı kararlaştırılmış ise bunun da ödetilmesi yine TBK'nın 179.maddesi uyarınca alıcı tarafından istenebilir.[23]

Yargıtay..... bir kararında aşağıdaki şekilde karar vermiştir. "... Nitekim, eldeki davanın tarafları arasında da aynı amaçla satış vaadi sözleşmesi düzenlediğine göre, resmi şekle uygun olarak geçerli bir biçimde kurulan bu sözleşmede yer alan davalının taşınmazın mülkiyeti devir ediminin ifasının, üçüncü kişinin aynı taşınmazla ilgili açtığı davada verilen "üçüncü kişi lehine" iptal kararı nedeniyle, ilerde de imkansızlaşması ne-

23 YHGK'nın, 22.12.1982 T., 13-1905 E., 966 K. sayılı ilamı

deniyle, davalının taşınmazın mülkiyetini devir vaadine ilişkin "aynen ifa" nın yerini "tazminat borcu" alacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığı altında sonuç itibariyle; davacı ile davalı arasında davalıya ait olmayan tapuya kayıtlı taşınmazın satışının vaadine yönelik sözleşmenin noterde ve usulünce düzenlenmekle geçerli olarak kurulduğu, satışı vaad edilen taşınmazın, üzerinde muhdesat bulunan mülkiyeti belediyeye ait taşınmaz olduğu, ancak daha sonra vaade konu taşınmazla ilgili olarak üçüncü kişi tarafından açılan dava sonucunda- eldeki sözleşme bu sözleşmenin tarafları yönünden geçerliliğini koruduğu halde- taşınmazın mülkiyetinin devrine ilişkin ifanın imkansız hale geldiği, göz önüne alınarak davacı vaad alacaklısının mahkeme kararının kesinleştiği tarih itibariyle taşınmazın muhdesat dahil değerini isteyebileceğine ilişkin bozma gerekçesine heyetçe de iştirak edilmiş; burada tazminatın konusunun taşınmaz ile muhdesatın birlikte hesaplanacak rayiç değere göre belirlenmesi hususu karara bağlanmıştır...",

Bu yönden somut olay değerlendirildiğinde, satış vaadi sözleşmesine konu taşınmazların sözleşme tarihinde davalı adına tapuda kayıtlı olmasına rağmen, Hazine ile davalı olduğu ve sözleşme tarihinde ifasının mümkün olmadığı, ancak bu imkânsızlığın sözleşmenin hiçbir zaman ifa edilememesine neden olacak şekilde objektif bir imkânsızlık olmadığı, nihayet dava sonunda ifasının mümkün olma ihtimalinin bulunduğu anlaşıldığından, yapılan satış vaadi sözleşmesinin bu yönden de geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu aşamada, müspet ve menfi zarar kavramları ile kâr kaybı tazminatına ilişkin şu genel açıklamaların yapılmasında yarar bulunmaktadır.

Alacaklının, borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü bulunduğu bir tek edimi, yani bir tek alacak veya borcu ihtiva eden hukuki ilişkiye borç veya dar anlamda borç ilişkisi denir. Borç, bir sözleşme ilişkisinden yüklenilen edimlerle sınırlı değildir; bu edimlerin yerine getirilmemesinden veya sözleşme dışı haksız eylemden doğan tazminat alacağı da borç kavramı içindedir. TBK'nın 112. maddesine göre alacaklının, borçludan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tazminat isteyebilmesi için, bu yüzden bir zarara uğramış olması gerekir. Sözleşmeden kaynaklanan zarar müspet (olumlu) zarar olacağı gibi, menfi zarar da olabilir.

Müspet zarar; borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki farktır. Diğer bir anlatımla, müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır. Kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır.

Borcun yerine getirilmesinin kusurla olanaksız hale gelmesinde, temerrüde düşen borçludan, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde, yahut borçlunun temerrüdü halinde ifadan vazgeçilip, ifa yerine tazminat istenmesinde ve sözleşmenin olumlu biçimde ihlalinde, müspet zararın giderimi söz konusu olur

TBK'nın 125. maddesine göre, sözleşmelerde borçlunun temerrüdü sonucu borç yerine getirilmemişse alacaklıya üç yetki tanınmıştır. Alacaklı; her zaman için ifa ve gecikme tazminatı isteğinde bulunabilir; derhal ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyebilir veya ifadan vazgeçip akdi fesheder ve menfi zararını isteyebilir.

Müspet zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi halinde söz konusu olur; sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini müspet zararının tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmesinden değil, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu gözardı edilmemelidir.

Menfi zarar ise, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zarardır.

Menfi zarar, borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar TBK'nın 125. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır. Burada, alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü, sözleşme fesih edilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar menfi zarardır.

Diğer bir söyleyişle, genel olarak menfi zarar, sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise, ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder Kâr kaybı ise kardan mahrum kalma karşılığı meydana gelen zarardır. Genelde sözleşmeyi kusuruyla fesheden taraftan istenir. Aslında kâr kaybı açısından kârdan yoksun kalan tarafın malvarlığında kusurlu fesihten önce ve sonra bir değişiklik yoktur. Burada kârdan yoksun kalan, kusurlu fesih yüzünden mal varlığında ileride meydana gelecek çoğalmadan mahrum kalır. Kâr kaybı zararının müspet zarar kapsamında bulunduğu şüphesizdir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.05.2010 gün ve 2010/14-244-260 sayılı ilamı).

ZAMANAŞIMI

Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesinden doğan davalar için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. TBK'nın 146. maddesi hükmü ge-

reğince on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır ve bu süre sözleşmenin ifa olanağının doğması ile işlemeye başlar. TBK'nın 149. maddesine göre; "Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar.[24] Alacağın muaccel olmasının bir bildirime bağlı olduğu hâllerde, zamanaşımı bu bildirimin yapılabileceği günden işlemeye başlar." Görülüyor ki, kural zamanaşımı süresinin alacağın muaccel olduğu tarihten başlamasıdır. Alacağın muaccel olması, ifa zamanının gelmiş, ifaya engel bir durumun kalmamış olması demektir. Ancak satışı vaat edilen taşınmaz, sözleşme ile veya fiilen satış vaadini kabul eden kişiye yani vaat alacaklısına teslim edilmiş ise on yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra açılan davalarda zamanaşımı savunması Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "dürüst davranma kuralı" ile bağdaşmayacağından dinlenmez.[25]

Satışı vaad edilen taşınmazın ifa imkansızlığı varsı, vaad ayacaklısı, vaad borçlusuna ödediği badel açısından zamanaşımı süresi, ifanın imkansız hale geldiği tarihten itibaren işlemeye başlar.[26] Taşınmaz, satış vaadi alacaklısına teslim edilmiş ise zamanaşımı işlemez.

24 Y.13.HD, T:30.11.2015, E:2014/31874, K:2015/34702, uyap.gov.tr, "...Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesinden doğan davalar için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden Borçlar Kanununun 125. maddesi hükmü gereğince on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır ve bu süre sözleşmenin ifa olanağının doğması ile işlemeye başlar. Ancak satışı vaadedilen taşınmaz, sözleşme ile veya fiilen satış vaadini kabul eden kişiye yani vaat alacaklısına teslim edilmiş ise on yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra açılan davalarda zamanaşımı savunması Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan "dürüst davranma kuralı" ile bağdaşmayacağından dinlenmez. Davalı tarafın da kabulünde olduğu üzere, satışı vaadedilen taşınmazın 1992 yılında davacıya teslim edildiği ve davacının yedinde bulunduğunun anlaşılmasına göre, mahkemece işin esasına girilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde zamanaşımı nedeni ile davanın reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir..."

25 Y,14.HD, T:05.11.2015, E:2015/10777, K:2015/9961,uyap.gov.tr, "...Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesinden doğan davalar için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden Borçlar Kanununun 125. maddesi hükmü gereğince on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır ve bu süre sözleşmenin ifa olanağının doğması ile işlemeye başlar. Ancak satışı vaat edilen taşınmaz, sözleşme ile veya fiilen satış vaadini kabul eden kişiye yani vaat alacaklısına teslim edilmiş ise on yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra açılan davalarda zamanaşımı savunması Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan "dürüst davranma kuralı" ile bağdaşmayacağından dinlenmez..."

26 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop. Eşya Hukuku, c:1,5.bası, s:700

KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'NDA VE KARAYOLU TAŞIMA KANUNU'NDA 6704 SAYILI TORBA YASA İLE HUKUKA AYKIRI DEĞİŞİKLİKLER

Av. Çelik Ahmet ÇELİK

ÖZET

Sigorta şirketlerinin yüksek miktarda tazminat ödedikleri ve zarar ettikleri yakınmalarına çözüm arayışı içinde, Hazine Müsteşarlığı tarafından 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe konulan Trafik Sigortası Genel Şartları'nın (Anayasa'ya, temel yasalara, insan hakları sözleşmelerine ve sorumluluk hukukunun evrensel ilkelerine aykırı olması nedeniyle) Danıştay'da iptal davaları açılması üzerine, bu kez 6704 sayılı Torba Yasa'nın 3-6 maddeleriyle **2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu**'nun ve 17'inci madde ile **4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu**'nun bazı maddeleri değiştirilerek veya kaldırılarak, Anayasa'nın 10-13-19-36-90-138.maddelerine, İnsan Hakları Sözleşmelerine, Sorumluluk Hukukunun (evrensel) temel ilkelerine, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun sorumluluklara ilişkin hükümlerine, özellikle 20-53-54-55 maddelerine, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1451.maddesi ile 914. maddesine aykırı düzenlemeler yapılmış; ayrıca, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 95.maddesi ile 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nun 6 ve 7.maddeleri gözden kaçırılarak değişen yasaların kendi içlerinde çelişen durumlar yaratılmıştır.

I- DEĞİŞİKLİKLERİN HANGİ YASALARA AYKIRI OLDUĞU

1) 2918 sayılı KTK'nın değiştirilen **90.** maddesinde "**Tazminatlar, genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir**" denilerek, genel işlem şartı (tek yanlı sözleşme) niteliğindeki **sigorta genel şartlarına "yasaların üstünde" bir güç tanınmış** olup, hiçbir hukuk sisteminde olmayan, hukuk ve adalet ilkelerine aykırı bu düzenleme:

a) Anayasa'nın 19/Son maddesindeki "kişilerin uğradıkları zararların **tazminat hukukunun genel ilkelerine** göre ödeneceği" hükmüne;

b) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55.maddesindeki "destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların, bu Kanun hükümlerine ve

sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağına" ilişkin emredici nitelikteki hükmüne;

c) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1451.maddesindeki "Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, **sigorta sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır**" hükmüne;

d) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi 4.fıkrasındaki kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülüyor olsa dahi, genel işlem şartı niteliğindeki sigorta genel şartlarının yasalara aykırı hükümlerinin geçersiz olacağı hükmüne;

e) Ayrıca tüm haksız fiil sorumluları ile sigorta şirketleri arasında fark yaratılarak ve sigorta sektörünün yüzde doksandan fazlasına sahip olan yabancı şirketlere, Sigorta Genel Şartlarını diledikleri gibi ve çıkarlarına uygun biçimde değiştirtme olanağı sağlanarak (kapitülasyonları geri getircesine) **ayrıcalıklar** tanınması, eski deyimiyle "**imtiyazlar**" verilmesi, Anayasa'nın 10.maddesindeki "**eşitlik ilkesine**, **hiç bir kişiye ve zümreye imtiyaz tanınamayacağına"** ilişkin hükmüne;

f) **Hazine Müsteşarlığına**, Sigorta Genel Şartları yoluyla **tazminat ilkelerini ve hesaplama yöntemlerini** (bugüne kadar görüldüğü gibi, sigorta şirketlerinin istekleri ve çıkarları doğrultusunda) **belirleme yetkisi tanınması**, Anayasa'nın 138.maddesindeki **hakimlerin görevlerinde bağımsız olduklarına**, **hiçbir organ ve makamın yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceğine, genelge gönderemeyeceğine, telkinde bulunamayacağına** ilişkin hükmüne **aykırıdır.**

2) KTK'nın **97.** maddesinde "Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde **dava yoluna gitmeden** önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir" koşulu getirilmiş;

99.maddesi 1.fıkrasında yer alan "kaza veya zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu" ibaresi "**zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeler**" şeklinde değiştirilmiş;

92.maddesine "Bu Kanun çerçevesinde hazırlanan **zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri** ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler" biçiminde yeni bir fıkra eklenmiş;

Yapılan bu değişikliklerle:

a) **Anayasa'nın 36. maddesine** aykırı biçimde**"hak arama özgürlüğü"** ve **"kanıtlama hakkı" kısıtlanmıştır.** Anayasa'nın "hak arama hürriyeti"başlıklı 36. maddesine: göre: "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan*

faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

b) Trafik kazalarından zarar görenlerin haklarının "sigorta genel şartları" ile sınırlanması ve kısıtlanması, Anayasa'nın "**temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması**" başlıklı 13.maddesine de aykırıdır. Madde hükmüne göre:

"*Temel hak ve hürriyetler,özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve* ***ancak kanunla sınırlanabilir.***"

Anayasa'nın bu hükmüne aykırı olarak, KTK'nın 90-92-97-99 maddelerinde yapılan değişikliklerle, **trafik kazalarından zarar görenlerin hakları**, "**kanunla**" değil, **keyfi** biçimde düzenlenip yürürlüğe konulan/konulacak olan "**sigorta genel şartları" ile sınırlandırılarak**, Anayasa hükmüne aykırı hareket edilmiştir.

c) Ayrıca yapılan bu değişiklikler, 6100 sayılı HMK'nın 27.maddesindeki "**hukuki dinlenilme hakkına**" aykırıdır. Özellikle, KTK. 99.maddesi 1.fıkrasına "**sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeler**" şeklinde bir açıklama konularak, HMK.27.maddesinin 2.fıkrası (b) bendindeki "**ispat hakkı**" kısıtlanmıştır.

II- YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERLE SİGORTA ŞİRKETLERİNE "AYRICALIK" TANINMIŞ OLMASI, ANAYASAYA VE YASALARA AYKIRIDIR

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 90-92-97-99 maddelerinde yapılan değişiklikle, **sigorta şirketlerine** Anayasa'nın 10.maddesine aykırı olarak "**ayrıcalık**" tanınmış;

Sigorta şirketlerinin istekleri doğrultusunda düzenlenen ve Hazine Müsteşarlığı tarafından yürürlüğe konulan "**sigorta genel şartları**na, hiçbir hukuk sisteminde olmayacak biçimde, **yasaların üstünde bir güç** tanınmıştır. Bu, hukukun temel ilkelerine ve hukuk sistemine aykırı olup, asla kabul edilemez. Şöyle ki:

1) Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik" başlıklı **10.**maddesi 1.fıkrasına göre "**Herkes kanun önünde eşittir**" ve 4.fıkrasına göre "**hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz."**

2) Yapılan değişikliklerle, **yasaların üstünde** bir uygulama gücü tanınan "**Sigorta Genel Şartları**" sigorta şirketlerinin istekleri ve önerileri doğrultusunda,**Hazine Müsteşarlığı** tarafından her zaman ve her biçimde değiştirilip düzenlenerek yürürlüğe konulacak olmasına ve trafik kaza-

larından zarar görenler, ancak bu sigorta genel şartlarındaki koşullarla sınırlı olarak hak elde edebileceklerine göre, **Hazine Müsteşarlığı**'na tanınan bu üstün yetki, **Anayasa'nın 10.maddesi 5.fıkrasına** aykırıdır. Çünkü:

"**Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.**"

Oysa, bir Devlet kurumu olan **Hazine Müsteşarlığı**, bugüne kadar yayınladığı genelgelerle ve en son (Anayasa'ya, temel yasalara, uluslararası insan hakları sözleşmelerine, sorumluluk hukukunun temel ilkelerine aykırı olarak) düzenleyip 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe koyduğu "**Trafik Sigortası Genel Şartları**" ile trafik kazalarından zarar gören halkımızın yararlarını ve haklarını kısıtlayıp, hep sigorta şirketlerinin çıkarlarını gözeterek, Anayasa'nın 10.maddesi 5.fıkrasındaki "*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*" hükmüne aykırı hareket etmiştir

3) Sigorta sektörünün yüzde doksandan fazlası "**yabancı**" sigorta şirketlerinin elinde olduğuna göre, yapılan yasa değişiklikleri ile sigorta şirketlerine tanınan bu "**ayrıcalıklar**" eski dildeki söylenişi ile "**imtiyazlar**", geçmiş dönemin kapitülasyonlarını çağrıştırmakta değil midir?

III- YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER YARGI YETKİSİNE VE YARGININ BAĞIMSIZLIĞI İLKESİNE AYKIRIDIR

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 90-92-97-99 maddelerinde yapılan değişiklikle, trafik kazalarından zarar görenlerin tazminat haklarının ve sigorta şirketleri tarafından ödenmesi gereken tazminat miktarlarının, **Hazine Müsteşarlığı** tarafından (sigorta şirketlerinin istekleri ve önerileri doğrultusunda) keyfi biçimde düzenlenip yürürlüğe konulan/konulacak olan "**sigorta genel şartları ve eklerinde"** yer alan esaslara göre hesaplanacağına; yasa değişikliğinden önce yürürlüğe konulmuş olan "**Trafik Sigortası Genel Şartları**" eklerinde açıklandığı üzere, **tazminat hesap ilkelerinin** (*yaşam ve zarar sürelerinin, aktif ve pasif dönemlerin, tazminat hesabına esas kazançların ve parasal değerlerin, hesap formüllerinin vb.*) **Hazine Müsteşarlığı tarafından belirleneceğine**;

Başka bir anlatımla, trafik kazalarından zarar görenlere **tazminat ödenip ödenmeyeceğinin ve tazminat miktarlarının**, Sorumluluk Hukukunun temel ve evrensel ilkelerine, öğretide benimsenen görüşlere, Yargıtay'ın yerleşik ve ilke kararlarına ve Borçlar Kanunu hükümlerine göre değil de, **Hazine Müsteşarlığı tarafından konulacak (keyfi) kurallara göre belirleneceğine** ilişkin düzenlemeler yargının yetkisine tecavüz niteliğinde ve yargı bağımsızlığına aykırıdır.

1) Anayasa'nın 138. maddesi 1.fıkrasına göre "*Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*."

Sigorta avukatları, Trafik Yasası'ndaki değişiklikleri ileri sürerek, mahkemeden, Hazine Müsteşarlığı'nın dilediği biçimde düzenleyip yayınladığı "Sigorta Genel Şartları"ndaki esaslara göre tazminat hesaplanmasını, bilirkişi olarak Hazine Müsteşarlığı'nın uygun gördüğü kişilerin görevlendirilmesini istedikleri takdirde, yargıç bağımsızlığına müdahale edilmiş olacaktır.

2) Gene Anayasa'nın 138. maddesi 2. fıkrasına göre *"Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde telkinde bulunamaz.*"

Anayasa'nın yukardaki hükmüne göre, hakimler, Hazine Müsteşarlığı'nın hazırlayıp yürürlüğe koyduğu "sigorta genel şartlarına" uymak zorunda değillerdir. Eğer uyarlarsa, Borçlar Yasası'nın haksız fiillere ve sözleşmelere ilişkin hükümlerine: Hukuk Yargılama Yasası hükümlerine ve elbette Anayasa'nın yukardaki hükmüne aykırı hareket etmiş olacaklardır.

3) Tazminat hesap ilkeleri, Sorumluluk Hukukunun (evrensel) temel ilkeleri doğrultusunda, öğretiden görüşlerle, Yargıtay'ın yerleşik kararlarıyla ve gerektiğinde karşılaştırmalı hukuk yoluyla başka ülkelerin yüksek yargı kararlarından da yararlanılmak suretiyle belirlenmekte olup, yargıçlar bunlara uygun kararlar vermek zorundadırlar. Bu nedenle de, sigorta genel şartları onlar için uyulması zorunlu ve bağlayıcı değildir.

4) Hem, **genel olarak haksız fiillerden** kaynaklanan tazminat davalarında başka, **trafik kazalarından kaynaklanan** tazminat davalarında başka, **her biri birbirinden farklı ilkeler ve hesaplama yöntemleri uygulanamaz.** Öte yandan işleten ve sürücü hakkında ayrı, sigortacı hakkında ayrı hesaplama ilke ve formülleri söz konusu olamaz. Bütün bunlar Anayasa'nın 10.maddesinde belirtilen "**eşitlik**" ilkesine aykırı olur.

5) İnsan zararları ve yaşama hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgeleri ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış; bunlar iç hukuka geçmiş, yasa gücü kazanmıştır.

Anayasa'nın 90. maddesi 5. fıkrasına göre "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun hükmündedir.*"

Yargıç, Hazine Müsteşarlığı'nın keyfince hazırlayıp yürürlüğe koyduğu Sigorta Genel Şartları'na değil, Anayasa'ya, temel yasalara ve yasa gücündeki uluslararası sözleşmelere uymak zorundadır.

IV-YASA'DAKİ DEĞİŞİKLİKLER, TRAFİK KAZALARINDAN ZARAR GÖRENLER YÖNÜNDEN BAĞLAYICI DEĞİLDİR.

KTK'nın 90-92-97-99.maddelerinde yapılan değişiklikle, tazminat isteme haklarının ve tazminatın miktarlarının, Hazine Müsteşarlığı tarafından yürürlüğe konulan/konulacak olan "**sigorta genel şartları**"nda ve eklerinde yer alan esaslara göre belirleneceğine ilişkin düzenlemeler, aşağıda açıklanacağı üzere, trafik kazalarından zarar gören üçüncü kişiler yönünden bağlayıcı değildir. Şöyle ki:

1) Trafik Kanunu'nu, sigortacılar yararına değiştirme işine girişenler, her nasılsa Yasa'nın **95.** maddesini gözden kaçırmışlar ya da değiştirmeyi unutmuşlardır. Yasa'nın **95.** maddesine göre:

Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller ***zarar görene karşı ileri sürülemez****.*"

2) Öte yandan uyulması istenilen **Sigorta Genel Şartları,** 6098 sayılı TBK'nın 20-25 maddelerinde yer alan "**genel işlem şartı**" niteliğinde tek yanlı düzenlenmiş basılı tip sözleşmelerdendir. 6098 sayılı TBK'nın 20.maddesi 1.fıkrasına göre:

"*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.*"

20.maddenin 4.fıkrasına göre:

"***Genel işlem koşullarıyla ilgili hüküm****ler,* ***sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır."***

Bu tespitleri yaptıktan sonra, öğretide neler denildiğine bakalım:

"*Sigorta Genel Şartlarının, yasaların emredici hükümlerine aykırı olup olmadığı her zaman yargı makamlarınca incelenebilir. Yasaların emredici hükümlerine aykırı görülürse, genel şartlara göre değil, yasa-*

*nın emredici hükümlerine göre karar verili*r." (Prof. Dr. Haydar Arseven, Sigorta Hukuku, 1991, Beta Yayını, sf.32-33)

"*Bakanlıkça onanmış olsa dahi, Genel Şartlar emredici hükümlere aykırı olarak düzenlenmişse geçersizdir.*" (Işıl Ulaş, Uygulamalı Sigorta Hukuku, Turhan Kitabevi 2.baskı, 1998)

Sonuç olarak, **Sigorta Genel Şartları**, 6098 sayılı TBK'nın 20-25. maddelerine göre "**genel işlem şartı**" niteliğinde bir sözleşme türü olmakla, sözleşmenin taraflarını (sigortacı ile sigorta ettireni) bağlarsa da, trafik kazalarından **zarar gören üçüncü kişileri bağlamaz.** O halde Genel Şartlar ve ekindeki kuralların yasalara aykırı bölümleri üçüncü kişileri bağlamaz ve onlar yönünden geçerli değildir.

V-YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERLE, 6098 SAYILI BORÇLAR KANUNU'NUN 55.MADDESİ DEVRE DIŞI BIRAKILMAK İSTENMİŞTİR

1) 6098 sayılı TBK'nın 55.maddesine göre "*Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve* ***sorumluluk hukuku ilkelerine göre*** *hesaplanır.*

Sorumluluk Hukuku ilkeleri, öğretideki görüşlere, evrensel kural ve kuramlara, yerli ve yabancı yargısal inançlara göre belirlenir. Yasa'nın destek tazminatına ilişkin 53.maddesi ile bedensel zararlara ilişkin 54.maddesinin uygulanmasında bu ilkeler gözetilir.

İşte, Trafik Yasası'nın değiştirilen 90-92-97-99.maddeleriyle Sigorta Genel Şartlarına yasaların üstünde bir güç tanınarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun, İnsan Hakları Sözleşmeleri uyarınca düzenlenen 55.maddesi devre dışı bırakılmak istenmiştir.

2) Yapılan değişiklikler, en temel haklardan olan "**yaşama hakkına**" aykırı ve bir "**insan hakları**" sorunudur. 6098 sayılı TBK.'nun 55.maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere:

a) **İnsan Zararları**" olarak da kavramlaştırılabilecek olan bu zararların hesabında Borçlar Kanunu, özellikle yeni 49-55 madde hükümleri, diğer özel yasalar ve **sorumluluk hukuku ilkeleri** gözetilecektir.

b) **Tazminatın önleyici işlevi, insan hakkı karakteri (gözetilerek) zarar vereni ödüllendirme sonucunu doğuracak yöntemlerden kaçınılmalıdır.**

c) Tazminat, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin** 1 Nolu ek-protokolün 1. maddesi kapsamında özel koruma görmektedir (Any.m.90). Yasaya ve hesaplama ilkelerine uygun olarak belirlenen ve denkleştirilen

tazminata artırıcı veya azaltıcı yönde bir müdahale, bu hakkın ve nesafet hukukunun mahiyeti ile bağdaşmaz.

d) Hâkim tazminat hesabında temel alınan varsayımları, yöntemleri ve hesap işlemini denetleyebilir. Ayrıca **tazminat hesabına ilişkin bilirkişi raporu, diğer davalarda olduğu gibi sorumluluk davalarında da hâkimi bağlamaz**.

Yukardaki ilkeler ile Genel Şartlar ekindeki hesaplama kurallarını karşılaştırırsak, yeni düzenlemenin Türk Borçlar Kanunu hükümlerine aykırılığını açıkça görebiliriz.

VI- SORUMLULUK HUKUKU İLKELERİNE AYKIRILIK

1- Her sorumluluk türüne göre ayrı bir hesaplama yöntemi uygulanamaz İnsana verilen zararlar bir bütündür. Trafik kazaları için ayrı, iş kazaları için ayrı, başka sorumluluk türleri için ayrı hesaplama yöntemleri olamaz. Genel Şartlar aracılığıyla sigorta şirketlerinin dayattıkları hesaplama yöntemleri tüm sorumluluk türlerine uygulanamaz Ortak bir yöntemde birleşmek ve kurumlar arası uyum sağlamak zorundayız.

2- Sorumluluk Hukukunun evrensel ilkelerine uyulmalıdır.

a) Hukuk, yalnız yasalarla, tüzük, yönetmelik gibi yasal düzenlemelerle sınırlı değildir. Hukukun evrensel ilkeleri, öğretide oluşan ve genel kabul gören kuramları ve kuralları, yargısal inançları vardır. Hukuk, tarihsel, toplumsal, kültürel, geleneksel kuralların tümevarım yoluyla değerlendirilmesi sonucu oluşan kuramlar, kurallar ve ilkeler bütünüdür. Hukuk bütün bu yollardan geçerek adalete ulaşmaya çalışır. **Adalet bir anlamda toplumun vicdanıdır.**

Yukardaki tanımların dışına çıkıldığında, yasa koyucunun çıkardığı yasalar ve ülkeyi yönetenlerin uygulamaları, buyrukları, dayatmaları hukuka aykırı olur.

Somut olaya baktığımızda, 2918 sayılı Trafik Kanunu'nun 6704 sayılı Torba Yasa ile değiştirilen 90-92-97.99.maddeleriyle, Anayasa'nın ve yasaların üstünde bir güç haline getirilmek istenen Sigorta Genel Şartlarını yürürlüğe koyan devlet kurumu (Hazine Müsteşarlığı), yasalara ve hukuka aykırı hareket etmiş olur.

b) **Sorumluluk Hukukunun temel ve evrensel ilkelerine göre**, haksız ve hukuka aykırı eylemlerde zarar olay tarihinde doğar, gerçek belli iken varsayımlara dayanılamaz, kişiler ve kurumlar yasalar karşısında eşittirler. Kişi ve kurumları koruyup kollayıcı ayrıcalıklar tanınamaz. **Yaşama hak**kı ve **sağlıklı yaşama hakkı** hukukça korunması gereken

en yüce haklardır; bu hakları kısıtlayıcı ve zarar verenleri ödüllendirici düzenlemeler İnsan Hakları Evrensel Sözleşmelerine ve Anayasalara aykırıdır. Tazminata artırıcı veya azaltıcı yönde bir müdahale, bu hakkın mahiyeti ile bağdaşmaz. Zarar vereni ödüllendirme sonucunu doğuracak yöntemler, Sorumluluk Hukuku ilkelerine aykırıdır.

3) 2918 sayılı KTK'nın değişen maddeleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmezse ve mahkemelerce de uygulanırsa, **ölüm ve bedensel zararlar**, yalnızca trafik kazalarından kaynaklanmadığına göre, iş kazaları başta olmak üzere **tüm haksız fiillerden kaynaklanan insan zararları ile trafik kazalarından kaynaklanan insan zararlarının** tazminat olarak değerlendirilmesi **birbirinden farklı olacak;** çeşitli konularda ve biçimlerde haksız fiillerden zarar görenler arasında **eşit olmayan** bir durum yaratılacaktır.

4) Bu arada, 6100 sayılı HMK'nın 107.maddesi de işlevsiz kalacaktır. Bu madde, özellikle ölüm ve bedensel zararlarda başlangıçta yoğun bir belirsizlik olduğu için, Alman ve İsviçre Hukuklarındaki uygulamalardan örnek alınarak ülkemizde yasalaştırılmış olup, bu da "**insan hakları**" ve "**yaşama hakkı**" konularında adalete ulaşımı sağlayan çok önemli bir düzenlemedir. Eğer Trafik Yasası'nın değiştirilen hükümleri mahkemelerce benimsenip uygulanırsa, 107.maddenin bir anlamı ve işlevi kalmayacaktır.

5) Ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle tazminat hesaplarında önemli olan formüller değil, "**hukuksal gerekçeler**"dir. Bu gerekçeler, ikibin yılın ötesinden akıp gelen evrensel kurallarla bütünleşmiş; yüzyıllar boyunca tartışılıp belli kurallar ve kuramlar oluşmuştur. Bunlara, zaman içinde değişen yaşam koşullarına göre yeni kural ve kuramlar eklenmiş; hukuk sistemleri birbirine benzeyen ülkelerin hukukçularının karşılıklı görüş paylaşımları, yüksek mahkemelerin benzer kararlarından karşılaştırmalı olarak yararlanılması suretiyle, insanın değeri kavramına yakışır gerekçeler oluşturulmuştur.

Ancak ne var ki, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun değiştirilen maddeleriyle hukukun temel ilkeleri, yerleşik ilke, kural ve kuramlar, yargısal inançlar, bugüne kadar kitaplarda yer alan ortak bilgiler yerle bir edilecek; hukuksal gerekçelerin yerini Hazine Müsteşarlığı'nın **buyrukları** alacaktır. Hazine Müsteşarlığı'nın 2010/4 sayılı Genelgesinde dayattığı gibi, tazminat hesaplarının (taraf konumundaki ve hukuk bilgisi olmayan) aktüerler tarafından yapılmasının istenmesi, konunun bir başka olumsuz yönüdür. Ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle tazminat haklarının "**hukuksal gerekçelerini**" belirlemek uzman hukukçuların ve özellikle

hakimlerin işidir. Bu, sigortacılara ve aktüerlere bırakılamayacak kadar "**yaşamsal**" bir konudur. Hem insan zararları, trafik kazalarıyla sınırlı olmadığına göre, sigorta aktüerleri iş kazalarında bilirkişilik yapabilirler mi?

VII-TRAFİK, ULUSLAR ARASI HUKUK SORUNU OLUP, YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER, BU KURALA AYKIRIDIR

Trafikteki ve buna ilişkin yasalardaki düzenlemeler ulusal ve yerel bağlamda ele alınamaz. Ulaşım ulaslararasıdır. Bu nedenle Karşılaştırmalı Hukuk göz önünde tutulmak ve başka ülkelerle uyumlu düzenlemeler yapmak zorunludur. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 1975 tarihli İsviçre Karayolları Trafik Kanunu'ndan alınmıştır. Yeri geldikçe ihtiyaca uygun değişiklikler yapılmış; bu arada gene sigorta şirketlerinin etkisiyle tedavi giderlerine ilişkin 98.maddesinde (TBK'nın 54.maddesi ile yerleşik içtihada aykırı) olumsuz ve yanlış değişiklikler yapılmıştır.

İşte, 6704 sayılı TorbaYasa'nın 3-6 maddeleriyle değiştirilen KTK'nın 90-92-97-99. maddeleri de, Karşılaştırmalı Hukuk ilkelerine ve Uluslararası Hukuka aykırı, özellikle Avrupa ülkeleriyle uyum yönünden sorunlar yaratacak niteliktedir.

VIII-KARAYOLU TAŞIMA KANUNU'NDAKİ DEĞİŞİKLİKLER HAKKINDA

6704 sayılı Yasa'nın 3-6.maddeleriyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 90-92-97.99.maddeleri değiştirilirken, bununla bağlantılı olarak, adeta gözden kaçırılırcasına, (tasarıda olduğu gibi) 3-6.maddelerin ardına konulmayıp, Torba Yasa'nın daha ilerdeki 17.maddesiyle 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nun sigorta sorumluluğuna ilişkin maddelerinin tamamı yürürlükten kaldırılmış; böylece taşımada yolcuları koruyan"**Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası**" da yok edilmiştir.

4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'ndaki değişiklikler şöyledir:

1) Yasa'nın 3.maddesindeki "sorumluluk" tanımı: "Bu Kanunun 18. maddesiyle ihdas edilen **zorunlu karayolu taşımacılık mali sorumluluk sigortası**" biçiminde iken, 18.madde yürürlükten kaldırıldığı için, sigorta tanımı, 2918 sayılı KTK'nındaki Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası" biçimini almıştır.

Bu hiç doğru olmamıştır. Çünkü:

a) Kaldırılan "**Zorunlu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası**" taşımacının "**yolculara karşı**" sorumluluğuna ilişkindir. Bu, 6102 sayılı

Türk Ticaret Kanunu'nun yolcu taşımaya ilişkin 914.maddesinin (önceki TTK.806.maddesinin) ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nun 6-7. maddelerinin gerektirdiği sigorta türüdür. Çünkü anılan maddelere göre, "taşımacı, taşıdığı yolcuları sağ ve sağlıklı olarak, güvenli bir biçimde gideceği yere ulaştırmakla yükümlü olup, "yolcunun taşıta bindiği yerden başlayarak gideceği yerde ineceği yere kadar araç içinde veya dışında, duraklarda ve mola yerlerinde (yalnız trafik kazalarından değil) başına gelebilecek her türlü zararlandırıcı olaylardan taşımacı sorumludur.

b) Taşımacının, aynı zamanda motorlu araç işleten olarak KTK'nın 91.maddesi uyarınca yaptırdığı "Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası-Trafik Sigortası" **üçüncü kişiler** içindir. Oysa "yolcular" üçüncü kişi değildir ve taşımacı ile aralarında "taşıma sözleşmesi" ilişkisi vardır. Taşıma Sigortası kaldırılmakla, yolcular ile üçüncü kişiler arasındaki fark ortadan kaldırılmış olup, yolcular güvencesiz bırakılmıştır. Değiştirilen maddeler "Zorunlu Koltuk Sigortasını" da kapsıyorsa, o dahi kaldırılacaksa, bu değişikliklere önayak olanların bir vicdan hesabı yapmaları gerekecektir.

2) 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan 17 nci, 18., 18., 19., 20., 21., 22., 23., 24. ve 25. maddeleri ile 26. maddesinin birinci fıkrasının (ı) ve (i) bentleri taşımacının sorumlulukları ve sigortalarla ilgilidir.

Kaldırılan maddelerle ne gibi hatalar yapıldığını göstermek için, bir özet verelim:

a) Yasa'nın "sorumluluk" başlıklı 17.maddesinde:

"Şehirlerarası ve uluslararası yolcu taşımacıları; duraklamalar dahil olmak üzere yolcunun kalkış noktasından, varış noktasına kadar geçecek süre içinde meydana gelecek bir kaza nedeniyle yolcunun ölümü, yaralanması ya da eşyasının zarara uğramasından dolayı sorumludur" denilmekteydi.

Bu madde, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 806.maddesi 1. fıkrasının (yeni 6102 sayılı TTK. 914/1.maddesinin) zorunlu bir tekrarı niteliğinde idi. Kaldırılması doğru olmamıştır.

b) Yasa'nın yürürlükten kaldırılan 18.maddesi, **"Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası"**na ilişkin idi ve böylece yolcular bir güvenceden yoksun kaldılar.

c) Yasa'nın kaldırılan 19.maddesinin önemli bir işlevi vardı. Yolcunun ölümü veya bedensel zarara uğraması durumunda, zararın (tazminat) miktarının Taşıma Sigortası limitini aşması durumunda, yolcu, ikinci sı-

radaki Trafik Sigortasına başvurabiliyordu. İşte bunun için diyoruz ki, Taşıma Sigortası kaldırılmakla, taşımacıdan tazminat isteme hakkı, yalnızca trafik kazası ile sınırlı olmayıp, yolculuk sırasında uğradığı her türlü zararları da isteme hakkı olan "yolcu" güvencesiz bırakılmıştır.

d) Yasa'nın kaldırılan 20.maddesinde "*Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller hak sahiplerine karşı ileri sürülemez*" deniliyordu. Bu da yolcunun "güvencesiz" bırakılması sonucunu doğuracak bir durumdur.

e) Kaldırılan 21-25 maddeler doğrudan Taşıma Sigortasıyla ilgili olup, bu sigorta türü için yukarda söylediklerimiz, kaldırılan bu maddeler için de geçerlidir.

IX- TRAFİK KAZALARINI AZALTMA YÖNÜNDE ÇÖZÜM ARAMAK YERİNE, TAZMİNAT HAKLARININ KISITLANMASI DOĞRU OLMAMIŞTIR

1- Trafik kazaları azaltılabilir

a) Ülkemizde akılalmaz biçimde trafik kazaları olmaktadır. Sürücü kusurları son on yılın rakamlarına göre yüzde 90-95 civarındadır. Ölümlü ve yaralanmalı kazaların neredeyse tamamına yakınında "**bilinçli taksir**" (TCK.m.22/3) söz konusudur. Daha kötüsü, kimi olaylarda sürücünün kusurlu eylemi **olası kast**" (m.21/2)olarak da nitelenebilmektedir. Tehlikeli araç kullanma (özellikle alkollü araç kullanma) suçları çok yaygındır; büyük bölümü ölüm ve yaralanma ile sonuçlanmaktadır. (TCK. m.179/2-3, m.85-89)

Kazaların oluş biçimlerine baktığımızda, sürücülerin dikkatsizlik ve tedbirsizliğin çok ötesinde, son derece sorumsuz, düşüncesiz, aldırışsız, adeta dengesiz bir ruh hali içinde akılalmaz kazalar yaptıkları görülmektedir. Öyle ki, trafik kazalarını haberleştiren gazetelerin "**katliam gibi kaza**" veya "**korkunç kaza**" ya da "**trafik canavarı yine can aldı**" türünden başlık atmalarını haklı çıkaracak sürücü hataları yapılmakta; daha doğrusu neredeyse "**kast**" derecesinde "**trafik suçu**" işlenmektedir.

Kaza nedenlerine şöyle bir baktığımızda, aşırı hızlı araç kullanma, viraja ve kavşağa hız kesmeden girme sonucu direksiyon kontrolunu kaybedip bariyerlere çarpma, takla atıp uçuruma yuvarlanma; kırmızı ışıkta geçerek yayaları ezme veya kırmızı ışıkta duran araçlara hızla gelip arkadan çarpma, kent içinde hız yaparken kontrolu kaybedip kaldırıma çıkarak yayaları çarpma; hatalı sollama sonucu şerit tecavüzünde bulunup karşı

yönden gelen araçla çarpışma; fazla miktarda alkol aldıktan sonra güvenli sürüş yeteneğini yitirip tek yanlı veya çok yanlı kazalar yapma; yolcu taşıdığının ve insan yaşamının kutsallığının ayırdına varamayıp kaza yaparak ölümlere ve beden gücü kayıplarına neden olma vb.

Bütün bu akılalmaz "**katliam gibi korkunç kazalar**", en son teknolojiden yararlanıp, bunların bir tekini dahi yaratamamış, bu araç ve aygıtların nasıl işlediğini dahi doğru dürüst bilmeyen; son otuz yılda kimlik, kişilik ve kültür yozlaşması içinde sorumluluk duygusu körelmiş, insan yaşamının değerini kavramaktan yoksun ülkemiz insanlarının "sürücü" olduklarında nasıl "canavarlaştıklarının" somut örnekleridir.

b) Uzun yıllardan beri trafik kazalarıyla ve tazminat davalarıyla ilgili konularda araştırmalar yaptığımız, yazılar ve kitaplar yazdığımız için kesin biliyoruz ki, trafik kazalarının en aza indirilmesi hiç te zor değildir. Bunun için Devletin ve ilgili tüm kuruluşların bir araya gelip harekete geçmeleri yeterlidir.

c) Kazaları önleme yönünde alınacak önlemlerin ve uygulanacak yöntemlerin ne olduğunu burada anlatacak değiliz. Ama ilgililer bizimle ilişkiye girdiklerinde kapsamlı bir öneri sunabiliriz.

2- Bu bir insan hakları sorunudur

Şimdilik şunu söyleyelim ki, kazaları azaltma yönünde girişimlerde bulunmak yerine, insan haklarına ve kutsal yaşama hakkına aykırı bir biçimde yasalarda değişiklik yapılarak tazminat haklarının kısıtlanmak istenmesi hiç doğru olmamıştır. Bu bir "insan hakları" sorunudur. Bu bir hukuk ve vicdan sorunudur. Yasalarda değişiklik yapanlar ve yaptıranlar vicdanlarını yoklamalıdırlar.

Evet, şimdilik bu kadar söylüyoruz. Dilerim anlaşılır.

3- Değişen yasaların bir an önce iptali istenmelidir

Yukarda ilgili bölümlerde açıkladığımız gibi, 6704 sayılı Torba Yasa'nın 3-6 ve 17. maddeleriyle **2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu**'nun ve **4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu**'nun bazı maddeleri değiştirilerek ve kaldırılarak Anayasa'nın 10-13-19-36-90-138.maddelerine, İnsan Hakları Sözleşmelerine, Sorumluluk Hukukunun (evrensel) temel ilkelerine, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun sorumluluklara ilişkin hükümlerine, özellikle 20-53-54-55 maddelerine, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 914. ve 1451.maddesine aykırı düzenlemeler yapılmış bulunmakla,

Trafik kazalarında ölen veya yaralanan yurttaşlarımızın mağdur edilmelerini, haksızlığa uğratılmalarını önlemek, **en yüce hak olan yaşama hakkını** güvenceye almak; sigorta şirketlerine hukuka aykırı olarak tanınan ayrıcalıkları (imtiyazları) ortadan kaldırmak ve bir anlamda ülkemizin bağımsızlığını ve onurunu kurtarmak için, **tüm vicdan sahibi** milletvekillerimizin en kısa sürede anılan yasaların iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmalarını; yargıçlarımızın da önlerine gelen davalarda değişen yasa hükümleri söz konusu olduğunda hemen Anayasa Mahkemesinde iptal davaları açmalarını istiyoruz, bekliyoruz.

KARŞI TARAFA ÖDENEN VEKALET ÜCRETİNİN KDV KARŞISINDAKİ DURUMU

Yrd. Doç. Dr. Yusuf İLERİ[1]

1. GİRİŞ

Mahkeme huzuruna taşınmış bir davada istisnalar hariç her zaman için en az iki taraf vardır. Tabii olarak taraflardan biri davayı kazanır, diğeri kaybeder; bazen taraflar kısmen kazanır, kısmen kaybederler. İşte bir davada taraf olup da bu davayı kaybeden ister tamamen kaybetsin ister kısmen kaybetsin karşı taraf avukatına bir ücret öder. Avukata ödenen bu para elbette bu kişiden alınan hizmet karşılığında değildir. Zaten bir avukatın karşı/borçlu tarafa serbest meslek faaliyeti kapsamında bir hizmet sunması hukuken mümkün değildir. Bu para, kanun namına yargıç kararıyla belirlenmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Avukatlık Kanunu, yargılama gideri kapsamında karşı tarafa böyle bir yükümlülük getirmektedir. Dikkat edilirse konunun her mahkeme kararını ve her avukatı ilgilendirmek gibi yaygın bir tarafı vardır. İşte avukatlar bu paradan KDV alınmasına haklı olarak bir türlü razı olmamaktadırlar.

2. ÖDEMENİN GELİR VERGİSİ KARŞISINDAKİ DURUMU

Karşı taraf avukatına ödenen ücretlerin gelir vergisi karşısındaki durumu konuyu kavramamızda yardımcı olacaktır. Zira karşı taraf avukatına ödenen bu ücretler ödemeyi yapanın vergi karşısındaki durumuna göre den %20 oranında gelir vergisi kesintisine tabidir. Ancak, Devletin aldığı bu pay %20 ile de sınırlı değildir. Bu paranın avukatlar tarafından yıllık gelir vergisi beyannamesi ile de beyan zorunluluğu bulunduğundan ödenen gelir vergisi %35'e kadar çıkabilmektedir. Gerçi bu konuda da yargıya yansımış olaylar var, ancak bu paraların gelir vergisine tabi olduğu hususunda vergi ilişkisinin tüm taraflarının bugün için hem fikir olduğunu söylemek mümkündür. Zira, Gelir Vergisi Kanunu; avukat, serbest muhasebeci mali müşavir, yeminli mali müşavir, mühendis, mimar, doktor, ressam, yazar, bestekar, kimyager, noter, öğretmen, artist vb. meslekleri icra edenlerin faaliyetlerini, serbest meslek faaliyeti adı altında toplayarak özel bir vergilendirme rejimine tabi tutmuştur. Bu amaçla GVK'nın 65. maddesinde serbest meslek kazancının, 66. maddesinde serbest meslek

1 Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

erbabının tarifi yapılmıştır. Serbest meslek kazancının nasıl tespit edeceğini açıklayan Kanunun 67. maddesinde ise mesleki hizmet karşılığında alınan para kimden ve nerede gelirse gelsin vergi kapsamına almıştır. Maddedeki ifadelerle:

"*Serbest meslek kazancı bir hesap dönemi içinde serbest meslek faaliyeti karşılığı olarak tahsil edilen para ve ayınlar ve diğer suretlerle sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerden bu faaliyet dolayısıyla yapılan giderler indirildikten sonra kalan farktır.*

Müşteri veya müvekkilinden, serbest meslek faaliyeti ile ilgili olmak üzere para ve ayın şeklinde alınan gider karşılıkları kazanca ilave edilir.

(...)

Serbest meslek erbabı için,

1. Ittıla hasıl etmeleri kaydiyle, namlarına kamu müessesesine, icra dairesine, bankaya, notere veya postaya para yatırılması;

2. Serbest meslek kazancı olarak doğan alacağın başka bir şahsa temliki (Temlikin ivazlı olup olmadığına bakılmaz. İvazlı temliklerde ivazın tahsil şartı aranmaz.) veya müşterisine olan borcu ile takası;

Tahsil hükmündedir."

GVK bu hükümlerle mesleki faaliyetlerde kazancın vergilendirilmesinde tahsilata bakmış, faaliyet karşılığında sağlanan para ve diğer menfaatlerin kimden geldiğine bakmamıştır. Buradan hareketle karşı taraf avukatına ödenen vekalet ücretinin gelir vergisine tabi olduğu hususunda bir görüş birliği oluşmuştur.

3. KATMA DEĞER VERGİSİ KANUNU KAPSAMINDAKİ YAKLAŞIMLAR

Karşı taraf avukatına ödenen vekalet ücreti ister KDV'ye tabi olsun ister olmasın davayı kaybedenin cebinde çıkan para değişmemektedir. Zira gerek Maliye Bakanlığı uygulamalarında ve gerekse kararlılık kazanmış Danıştay kararlarına göre, "KDV hariç" şeklinde belirlenmemiş ise, KDV belirlenen tutarın içerisindedir[2]. Şu halde söz konusu olan bu ücret içerisinde iç yüzde ile hesaplanacak olan %18 KDV'nin avukatta mı kalacağı, yoksa vergi dairesine mi ödeneceğidir. Ödemeyi yapan açısından konunun önemi KDV indirimi yönünde olup, bu husus aşağıda ayrıca açıklanmıştır.

2 Danıştay 4. Dairesi, 27.2.2009 tarih ve E. 2007/2465 K. 2009/1048 sayılı kararı; Danıştay 4. Dairesi'nin 29.6.2011 tarih ve E. 2010/1971 K. 2011/5825 sayılı kararı

3.1. KONUYA İLİŞKİN KDV KANUNU HÜKÜMLERİ

KDV Kanunun 1. maddesi ile serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler KDV'ye tabi tutulmuştur. KDV Kanunu, GVK'da geçen "serbest meslek faaliyeti" ifadesini kullansa da, GVK'daki gibi özel bir vergilendirme sistemine yer vermemiş, genel hükümler işlevsel kılınmıştır. Kanunun 4. maddesinde avukatlık hizmetini de kapsayan oldukça kapsamlı bir hizmet tarifi yapmıştır: "*Hizmet, teslim ve teslim sayılan haller ile mal ithalatı dışında kalan işlemlerdir. Bu işlemler; bir şeyi yapmak, işlemek, meydana getirmek, imal etmek, onarmak, temizlemek, muhafaza etmek, hazırlamak, değerlendirmek, kiralamak, bir şeyi yapmamayı taahhüt etmek gibi, şekillerde gerçekleşebilir.*" Ancak bu her iki yasada hizmetin karşılığını oluşturan bedel farklı belirlenmiştir. GVK, serbest meslek erbabının sağladığı ücretin yapısına, bileşenlerine, kimden alındığına bakmazken, KDV Kanunu matrahı oluşturan bedeli, hizmeti alanın verdiği değerlerle bağlamıştır. Konumuz itibariyle ifade etmek gerekirse gelir vergisindeki gibi para gelsin de kimden gelirse gelsin gibi bir felsefe benimsenmemiştir. Konu ile ilgili hükümlerle açıklarsak, KDV Kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasına göre "*Teslim ve hizmet işlemlerinde matrah, bu işlemlerin karşılığını teşkil eden bedeldir.*" Maddenin 2 nci fıkrasında ise "bedel" şöyle açıklanmıştır:

"*Bedel deyimi, malı teslim alan veya kendisine hizmet yapılan veyahut bunlar adına hareket edenlerden bu işlemler karşılığında her ne suretle olursa olsun alınan veya bunlarca borçlanılan para, mal ve diğer suretlerde sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaat, hizmet ve değerler toplamını ifade eder.*"

Yasa koyucu, hizmet işlerinde matrah ve bedeli hizmet sunulan kişi tarafından verilen değerlerle sınırlamıştır. Karşı taraf kendisine hizmet sunulan kişi olmadığına göre bu hükmün mevhumu muhalifinden hareketle bu kişi tarafından ödenen tutarların KDV' matrahını oluşturan bedelin içine girmediği sonucu çıkmaktadır.

3.2. MALİYE BAKANLIĞININ KONUYA YAKLAŞIMI

Maliye Bakanlığı bidayetinde beri bu paranın KDV'ye tabi olduğu görüşündedir. Bakanlık, yayımladığı 15 Seri No.lu KDV Genel Tebliğinde "Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretlerinin davayı kazananlara ödenmesinin katma değer vergisinin konusuna girdiğini" açıklamıştır[3]. Bakanlık 15 No.lu Tebliğdeki açıklamaları olduğu gibi bugün için yürürlükte olan KDV Genel Uygulama Tebliğine Avukatlık Ücretleri" başlıklı

3 21.07.1985 tarih ve 18818 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

1/B-4 maddesine taşımıştır[4]. Bu tebliğlerde vergileme şöyle formüle edilmiştir:

"*Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretlerinin davayı kazananlara ödenmesi KDV'nin konusuna girmez. Ancak bu paralardan sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım, serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olur. Avukatlar aldıkları bu para için davayı kazanana serbest meslek makbuzu düzenler ve makbuzda alınan tutar üzerinden KDV hesaplayıp ayrıca gösterirler.*

Mahkeme kararında "KDV hariç" şeklinde bir ifadenin yer almaması halinde, vekalet ücretinin KDV dahil olduğu kabul edilir ve iç yüzde oranı uygulanmak suretiyle hesaplanan KDV, düzenlenen serbest meslek makbuzunda gösterilir."

3.3. YARGININ GÖRÜŞÜ

Maliye Bakanlığının yayımladığı 15 No.lu KDV Genel Tebliği tam da bu hükmün iptali amacıyla yargıya taşınmıştır. Davaya bakan Danıştay 4. Dairesi, 27.2.2009 tarih ve E. 2007/2465 K. 2009/1048 sayılı kararıyla mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretinin, katma değer vergisine tabi olduğuna karar vermiştir. Danıştay'ın gerekçesi şöyledir: "*Mahkemelerce, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi esas alınarak hükmolunan ve 1136 sayılı Kanun'un 164. maddesi uyarınca avukata ait olan avukatlık ücreti ise, avukatın müvekkiline vermiş olduğu avukatlık hizmetinin bir parçası olup, doğrudan müvekkile verilen hizmet nedeniyle hak kazanılan bir Ücrettir. Bu ücreti, müvekkilin değil de davayı kaybeden tarafın ödüyor olması, bu hizmetin davayı kazanan tarafa verilen hizmetin karşılığı olması gerçeğini değiştirmez. Söz konusu avukatlık ücretinin, davayı kaybeden, buna bağlı olarak da avukatlık ücretini ödeyen taraf bakımından yargılama gideri niteliğinde olması da bu ücrete hak kazanan avukat bakımından serbest meslek kazancı olması vasfını değiştirmez. Bu durumda, Mahkemelerce tarifeye göre hükmolunan avukatlık ücretinin de katma değer vergisine tabi olduğu sonucuna ulaşılmıştır*."

Danıştay karşı tarafça ödenen ücret KDV'ye tabidir derken hizmetin niteliğini esas almış, sadece bu kıstas üzerinde yürümüştür. Oysa hizmetin niteliğinin vergi yasaları yönünden avukatlık hizmeti olduğu açıktır. Nitekim gelir vergisi yönündeki vergilendirme bu temel üzerinde kurulmuştur. Kaybeden için yargılama gideri niteliği taşıyan bu ücret avukat yönünde hizmet sunduğu kişiden alınmasa da, mesleki hizmetinden kay-

4 26.04.2014 tarih ve 28983 sayılı Resmi gazete'de yayımlanmıştır

naklandığı açıktır. Sorun, aleyhinde faaliyet yürütülen kişi tarafından ödenen ücretin Kanunun 21. maddesindeki bedel tarifinin içerisine girmemesidir. Uyuşmazlık, Danıştay'da gerçek mecrasında tartışılmamıştır. Danıştay'ın Hazine'ye gelir yaratma arayışına destek sağlamak adına karşı tarafça ödenen vekalet ücretin, kanundaki bedel tarifinin kapsamına girip girmediğini tartışmaktan kaçındığı anlaşılmaktadır. Karar metninde, Kanunun 21. maddesinde hiç söz edilmemesi, ücretin "bedel" kavramının içerisine girip girmediğinin tartışılmamasını başka türlü değerlendirmek zordur. Danıştay'ın bu kararıyla birlikte Kanunun lafzıyla sorunlu Tebliğ, norm değeri kazanmıştır. Denebilir ki, genel tebliğin onanması, yasadaki eksikliğin giderilmesi yönündeki olası yasa çalışmalarının da önünü kapamıştır. Nitekim yasanın lafzı değişmediğinden geçen süreçte bu tartışma kapanmamıştır. Eğer Yasa koyucunun iradesi karşı tarafça ödenen ücretlerin KDV'ye tabi olduğu yönünden ise bunun yolu yasa yapmaktır. Çıkarılacak yasada mesleki faaliyetlere özgü ya da karşı taraf avukatına ödenen ücretlerle ilgili spesifik bir bedel tanımı ile bu tartışmalar sonlandırılır. Bu sağlanmadan yapılan vergilendirmeler genel tebliğ ve Danıştay kararına dayansa da yasal temelden yoksundur. Bugün için durum böyledir.

Genel Tebliğ'e karşı açılan bu dava dışında, karşı tarafa hükmedilen vekalet ücretini tahsil ettiği halde beyan etmediği gerekçesiyle yapılan KDV tarhiyatları da iptal amacıyla yargıya taşınmıştır. Bir örnek vermek gerekirse Danıştay 4. Dairesi'nde görülen böyle bir uyuşmazlıkta, Yüksek Mahkeme 29.6.2011 tarih ve E. 2010/1971 K. 2011/5825 sayılı kararıyla "Avukatların gerek icra dairelerinde borçludan adlarına tahsil edilen gerekse mahkemelerce karşı tarafa hükmedilen vekalet ücretinin katma değer vergisine tabi olduğu"na karar vermiştir. Bu kararda ayrıca "Belli bir tarifeye göre fiyatı tespit edilen işlerde tarifenin katma değer vergisi dahil edilerek belirlendiğinin dikkate alındığı" vurgusu da yapılmıştır.

Bireysel uyuşmazlıklardan biri de İstanbul 1. Vergi mahkemesinde görülmüştür. 31.12.2015 tarihli tek hakim tarafından verilen bu karar, tarhiyatı kaldırmakla bu alandaki tek istisnai karar olduğu söylenebilir. Tarhiyatın kaldırılmasına gerekçe olan hususlar karara şöyle geçmiştir:

"Mahkeme kararı uyarınca karşı taraf avukatına ödenen vekalet ücreti, ödeyen tarafın karşı taraf avukatından aldığı bir hizmetin karşılığı değildir. Tamamen Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Avukatlık Kanuna göre mahkeme kararı uyarınca yargılama gideri kapsamında ödenmektedir. Dolayısıyla, Avukatlık Kanunu'na göre haklı çıkan tarafın avukatına ait olan bu vekalet ücretinin, elde eden avukat için Gelir

Vergisi Kanunu açısından serbest meslek kazancı niteliğinde olmasına rağmen, hem verilen hizmet karşılığı elde edilen bir bedel niteliğinde olmaması, hem de hizmet verilen kişiden tahsil edilen bir bedel olmaması sebebiyle, katma değer vergisinin konusuna girmemektedir.

Karar haklı ve sağlam bir gerekçeye oturtulmuştur. Kararda açık bir şekilde mesleki hizmetin niteliği ile bedel ayrımı yapılmıştır. Hizmetin GVK yönünden mesleki hizmet olduğu tespiti yapılmıştır. Kararda, karşı tarafça ödenen vekalet ücretinin bedel tanımı içerisine girmediği vurgusu yapılmıştır. Kararın haklılığına duyulan inançtan dolayıdır ki, İstanbul 1. Vergi Mahkemesi'nin bu kararı avukatlar arasında ışık hızıyla yayılmıştır. Ancak, bu vergilemenin dayanağı olan KDV Genel Uygulama Tebliğine taşınan hükümlerin Danıştay 4. Dairesi'nin 27.2.2009 tarih ve E. 2007/2465 K. 2009/1048 sayılı kararıyla onanması, bu karara ihtiyatlı yaklaşmayı gerektirmektedir. Bu bağlamda İstanbul 1. Vergi Mahkemesi kararının itiraz aşamalarında onanıp onanmayacağı ve onansa bile İdari Yargılama Usulü Kanunun 51. maddesinde sözü edilen "Kanun Yararına Bozma" müessesesinin işletilip işletilmeyeceğini süreç gösterecektir.

4. SERBEST MESLEK MAKBUZUNUN KİM TARAFINDAN DÜZENLENECEĞİ KONUSUNDAKİ KARMAŞA

Karşı taraf avukatına ödenen vekalet ücretinin vergilendirilmesi Kanunun lafzına uygun olmayınca, mesele kapanmamıştır. Bu ücretlerle ilgili olarak avukatlar tarafından düzenlenen serbest meslek makbuzunun kimin adına düzenleneceği konusundaki ikircikli yaklaşım bunun sonucudur. Konuyu Maliye Bakanlığının genel tebliğleri üzerinde izleyelim:

Bakanlık Vergi Usul Kanunu 356[5] ve 357[6] Sıra No.lu Tebliğlerle yaptığı açıklamalarda, icra dairelerince borçludan alınarak müvekkil adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen avukatlık ücretlerinin avukata ödendiği anda, avukat tarafından borçlu adına en az iki nüsha serbest meslek makbuzu düzenlenmesi ve bir nüshasının ödemeyi yapan memura verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna karşın KDV Uygulama Genel Tebliğinde karşı tarafça ödenen vekalet ücretleri için avukatlar aldıkları bu para için davayı kazanan serbest meslek makbuzu düzenler denilmektedir. Belli ki, Bakanlığın her iki birimi de konuyu kendi mevzuatları yönünde karara bağlamışlardır.

Belirtmek gerekir ki makbuzun kimin adına düzenlendiği konusu avukatın vergi karşısındaki durumunu değiştirmemektedir. İster davayı ka-

5 23.02.2006 tarih ve 26089 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

6 2.3.2006 tarih ve 26096 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

zanan müvekkili adına, isterse karşı taraf adına düzenlesin duruma göre gelir vergisi stopajı, yapılmış, şimdi de avukat KDV'yi iç yüzde ile hesaplayarak beyan edecek ve yasal yükümlülüklerini ikmal edecektir. Ancak serbest meslek makbuzunun adına düzenlenen kişi yönünden önemi vardır. Zira bu kişi şayet gelir veya kurumlar vergisi ile katma değer vergisi mükellefi ise makbuz tutarını gider, KDV'yi de indirim konusu yapacaktır. Konuya ilişkin gelir vergisi alanında verilmiş 356 ve 357 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu genel tebliğlerini yorumlamak gerekirse, bu tebliğler, karşı tarafça ödenen avukatlık ücretini davayı kaybeden adına belgelendirilmesini istediklerine göre, davayı kaybeden makbuz bedelini gelir veya kurumlar vergisi kazancı çerçevesinde gider yazabileceği gibi makbuz içeriğindeki KDV'yi de indirim hakkına sahip olacaktır.

KDV yönündeki tebliğler (15 seri no.lu KDV Genel Tebliği, KDV Uygulama Genel Tebliği) ise karşı tarafça ödenen avukatlık ücretini davayı kazananın bir kazancı olarak görmektedir. Eğer bu bakış açısı doğru kabul edilirse, yani para davayı kazanının bir kazancı ise o vakit, belgelendirme sürecine bu kişinin de dahil edilmesi gerekmektedir. Bu ise işi, iyice karmaşık hale getirecektir.

Maliye Bakanlığının bu her iki görüşü de ait yargıya taşınmıştır. 356 sıra no. lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinin, bu bölümünün iptali amacıyla açılan dava, Danıştay 4. Dairesi 20.03.2007 tarih ve E:006/2026, K:2007/851 sayılı kararıyla talebi reddetmiştir. Buna karşın 15 seri no. lu KDV Genel Tebliği'nin *"Avukatlar aldıkları bu para için davayı kazanana serbest meslek makbuzu düzenleyecekler, makbuzla alınan tutar üzerinden katma değer vergisini hesaplayıp ayrıca göstereceklerdir."* Hükmü Danıştay 4. Dairesi, 27.2.2009 tarih ve E. 2007/2465 K. 2009/1048 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Ancak, yine de bu hüküm olduğu gibi 2014 tarihli KDV Uygulama Genel Tebliğine taşınmıştır.

Doğru olan yargı kararlarıyla da belirlendiği üzere 356 ve 357 Sıra No. lu Vergi Usul Kanunu genel tebliğleri doğrultusunda avukatın, davayı kaybeden adına serbest meslek makbuzu düzenlemesidir. Ancak belli ki KDV tebliğini yazan irade, bu makbuzdaki KDV'nin davayı kaybeden tarafından indirim konusu edilmesine karşıdır. Danıştay tarafından iptal edilen hükmün başka bir tebliğle yürürlüğe konulması başka türlü açıklanamaz. Bu avukat yönünden değil ama, davayı kaybeden ve ödemeyi yapan kişi açısından sorun olacaktır. Hazır bir dava kaybetmiş, kaybı üstünde hem de karşı tarafa bir de vekalet ücreti ödeyen kişi ya da kurum, şimdi de ödediği tutar içinde yer alan KDV'yi indirim konusu yaparsa vergi idaresi ile sorunlu olacak, yapmazsa hak kaybına uğrayacaktır.

5. SONUÇ

1. Gelir Vergisi Kanunu gelir unsurlarını tasnif etmiş ve avukatların da içerisinde yer aldığı serbest meslek kazançları için ayrı ve özel bir vergilendirme rejimi öngörmüştür. Bu sistem içerisinde serbest meslek kazançlarının vergilendirilmesinde tahsilat yeterli görülmüş, ödemeyi yapanın hizmet alan veya aleyhinde hizmet yürütülen kişi olduğuna bakmamıştır. Böyle olunca da karşı taraf avukatına ödenen vekalet ücretinin gelir vergisine tabi olduğu hususunda bir görüş birliği oluşmuştur.

2. Buna karşın KDV Kanunu matrahı oluşturan bedeli, hizmeti alanın verdiği değerlerle bağlamıştır. Ne var ki Maliye Bakanlığı Hazineye gelir sağlamaya yönelik faaliyetleri ekseninde bu ücretlerin vergilendirilmesi yönünden tebliğler yayımlamıştır. Bunlardan 15 Seri No.lu KDV Genel Tebliğine karşı açılan iptal davası Danıştay tarafından reddedilince, bu tebliğ norm değeri kazanmıştır. Belirtmek gerekir ki KDV Kanunun 21. maddesi mevcut haliyle yürürlükte olduğu sürece bu alandaki vergileme yargı kararlarına da dayansa Kanunun lafzına aykırıdır. Vergi İdaresinin yaklaşımı karşı tarafça ödenen ücreti KDV'ye tabi tutmak olduğuna göre bu sorunun kökten çözümü yasal boşluğun doldurulmasından geçmektedir. Bunun da bir yasa meselesi olduğu açıktır. Ancak bu düzenleme yapılıncaya kadar bu alandaki vergilemenin yasal dayanaktan yoksun olduğu açıktır.

3. Kanun ile uygulama arasındaki zıtlık bu ücretlerle ilgili olarak serbest meslek makbuzunun kimin adına düzenleneceği konusunda Maliye Bakanlığını ikircikli bir duruma düşürmüştür. Bakanlık, Gelir Vergisi Kanunu yönünde yayımladığı tebliğlerde makbuzun davayı kaybeden adına düzenlenmesini bildirmiş; bunlardan 356 no.lu Tebliğ'in iptali amacıyla açılan dava Danıştay'ca reddolunmuştur. Buna karşın KDV Kanunu kapsamında yayımlanan tebliğde ise, serbest meslek makbuzu davayı kazanan adına düzenlenecektir denilmiştir. Vaki dava üzerine Tebliğin bu bölümü iptal edildiği halde, yine de bu görüşler Danıştay kararından sonraki tarihte yayımlanan KDV Uygulama Genel Tebliğine taşınmıştır. Bu durumda serbest meslek makbuzunun davayı kaybeden adına düzenlenmesi hem Bakanlık hem de Danıştay'ın görüşüne uygun düşen yol olacaktır.

KAYNAKÇA

- 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu ve Genel Tebliğleri,
- 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Genel Tebliğleri,
- 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu,
- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu
- Resmi Gazete,
- Danıştay Kararları,
- Vergi Dünyası Dergisi,
- Dünya Gazetesi

VEKALET ÜCRETİ ALACAĞI DAVASI

Erdoğan GÖKÇE[1]

Uygulamada en çok hata yapılan davalardan birisi vekalet ücreti alacağı davasıdır. Yapılan hatalar, davanın çözümünün pek çok kurala bağlanmış olması ve dava açanların bu kuralları inceleme den yazdıkları hatalı dilekçelerle hak aramalarından, yasalara aykırı sözleşmeler düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır.

Davanın çözümü,önce yasa maddelerinden ve sonra da Yargıtayımızın bu dava ile ilgili uygulamasından geçmektedir.

I. Avukatlık Kanunun Ücretle İlgili Maddeleri:

Madde 163: (Değişik madde: 02/05/2001 - 4667/76. md.)

Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yar dımı ve meblağı yahut değeri kapsaması gerekir.Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır. Yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmeler geçerlidir.

Avukatlık ücret tavanını aşan sözleşmeler, bu Kanunda belirtilen tavan miktarında geçer lidir. İfa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez. Yokluk halleri hariç, avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği, bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz.

Madde 164: (Değişik madde: 02/05/2001 - 4667/77. md.)

Avukatlık Kanunu'nun **164 maddesi** 5043 sayılı Kanun ile değiştirilmiş olup, bu değişiklik 20.01.2004 günlü Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu kanunun 5. maddesine göre: Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 2,3. cümleleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

(Avukatlık ücreti avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder. Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.

Yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz.

1 Emekli Fatih Hukuk Hakimi

(Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde,değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde, asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşulu ile ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki MÜDDEABİHİN değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen DAVA ve İŞLERDE ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır.)

164. maddenin son cümlesi.02.05.2001 gün ve 4667 sayılı Kanun'un 78. maddesi ile değiştirilmiştir: (Dava sonunda kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsub edilemez.)

02.05.2001 gün ve 4667 sayılı Kanun'un 78. mad. ile değişik 165. maddeye göre (İş sahibinin birden çok olması halinde,bunlardan her biri,sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf avukatlık ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar.)

Madde 165: (Değişik madde: 02/05/2001 - 4667/78. md.)

İş sahibinin birden çok olması halinde bunlardan her biri, sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf avukat ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar

Madde 174: (Üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat hiç bir ücret isteyemez ve peşin aldığı ücreti geri vermek zorundadır.)

(Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki,avukat kusur ve ihmalinden dolayı azledilmiş ise, ücretin ödenmesi gerekmez.)

(Anlaşmaya göre avukata peşin verilmesi gereken ücret ödenmezse, avukat işe başlamak la zorunla değildir.Bu sebeple doğabilecek her türlü sorumluluk iş sahibinindir. Yazılı sözleşmedeki diger ödeme şartlarının yerine getirilmemesinden dolayı avukat işi takib etmek ve sonucunu elde etmekten mahrum kalırsa sorumluluk bakımından aynı hüküm uygulanır.)

Madde 168: Avukatlık Ücreti Asgari Ücret Tarifelerini düzenlemeye Türkiye Barolar Birliği yetkilidir. Bu tarifelere göre asgari ücretler belirlenmektedir.

Madde 168/son: (Avukatlık ücretinin takdirinde **hukuki yardımın tamamlandığı** veya **dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınır**.)

5043 Sayılı Kanun'un geçici 21. maddeye göre: (Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte kesin hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu Kanun'un değişik hükümleri uygulanır.)

Madde 172: (İş sahibi ilk anlaşmayı yaptığı avukatın yazılı muvafakatı ile başkaavukat ları da işin kovuşturma ve savunmasına katabilir.

İş sahibi ilk avukatın muvafakatını,kendisine tevdi veya tebliğ edilecek bir yazı ile en az bir haftalık süre vererek talep eder. Avukat bu süre içinde cevap vermemişse,muvafakat etmiş sayılır.

İlk avukatın muvafakat etmemesi halinde vekalet akdi kendiliğinden sona erer.İş sahibi muvafakat etmeyen avukata ücretin tamamını ödemekle yükümlüdür.) denmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 02.05.2001 gün ve 4467 Sayılı Kanun'un Madde 76: değiştirilen **Madde 163:** (Avukatlık Sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık Sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı, yahut değeri kapsaması gerekir. **Yazılı olmayan anlaşmalar genel hükümlere göre ispatlanır.** Yasaya aykırı olmayan şarta bağlı sözleşmeler geçerlidir.

Avukatlık ücret tavanını aşan sözleşmeler bu Kanunda belirtilen tavan miktarında geçerli dir. İfa edilmiş sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez. Yokluk halleri hariç avukatlık sözleşmesinin geçerli bir hükmünün geçersizliği bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz.)

Madde 174: (Üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat hiç bir ücret isteyemez ve peşin aldığı ücreti geri vermek zorundadır.)

(Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki,avukat kusur ve ihmalinden dolayı azledilmiş ise, ücretin ödenmesi gerekmez.)

Madde 11: Aylık, ücret,gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen hiç bir hizmet ve görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik ve esnaflık veya meslekin onuru ile bağdaş ması müm kün olmıyan her türlü iş avukatlıkla birleşemez.

Madde 38:

a) Kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa,

b) Aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa,

c) (Değişik bend: 02/05/2001 - 4667/26. md.) Evvelce hakim, hakem, Cumhuriyet savcısı, bilirkişi veya memur olarak o işte görev yapmış olursa,

d) Kendisinin düzenlediği bir senet veya sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek durumu ortaya çıkmışsa,...

Teklifi reddetmek zorunluğundadır.

Bu zorunluluk, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsar.

II. Avukatların Görevlerini İfa İle İlgili Yasa Maddeleri:

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde:

(Avukatlar, yülendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğru luk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun bir biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.)

Avukatlık Kanunu'nun 53. maddesinde:

(Avukat, iş için yaptığı grüşmelerden gerekli saydıklarını bir tutanakla tespit eder.Tutanağın aldı görüşmede bulunanlarn tarafından imzalanır.) diye yazılıdır.

Bu iki madde ile getirilen kurallara uygun hareket etme zorunluluğu vardır.Avukat görüş melerini tutanaklara bağlamazsa ileride vekil edeni ile ihtilafa düştüğünde,özellikle davasını kazanan, sene lerce uğraşan avukatlara çok kötü ithamlarda bulunmaktadırlar.Bunları önlemek için tutanak düzenlemek gerekekir.

III. Kanun'un Düzenlediği Avukatlık Ücreti Türleri:

Avukatlık Kanunu'nun 164 ve 165. maddeleri iki tür avukatlık ücretini düzenlemiştir:

Birisi avukat ile vekil eden arasındaki ücret, digeri Yargılama gideri olarak Mahkeme ve İcra Dairelerinin davayı veya icra takibini kazanana verilen avukatlık ücretidir. İkisinin uygulaması farklıdır. Birbirniyle karıştırılmaması gerekir.

Avukat ile vekil eden arasındaki ücret Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinde yer al mıştır. Eğer yazılı sözleşme bulunmuyorsa, Avukatık Kanunu'nun 164/4.maddesine göre dava veya iş para ile ölçülebiliyorsa, ücret tarifesinin altında olmamak şartı le avukatın emeğine göre, ilamın kesinleştiği tarihte müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasında bir ücret verilecektir. Eğer dava veya iş para ile ölçülemiyorsa asgari ücret tarifesi uygulanacaktır.

Taraflar arnasında yazılı ücret sözleşmesi varsa ve sözleşmede maktu bir tutar kararlaştırılmış ise, bu ücret yasal sınırlara uyuyorsa avukat bu ücreti alabilecektir. Eğer maktu ücret asgari ücretin altında olmayacağı gibi iş sahibinin mağdur edilmesini doğrucak şekilde, fahiş olmaması gerekir.

İstanbul Barosu Dergisi'nin 2009/5 numaralı sayısının 2885-2286. sayfalarında yer alan 13. Hukuk Dairesi'nin 15.02.2001 gün ve 2001/742-1516 sayılı Kararı'nda (Sözleşmenin yapıldığı tarihte bir taraf için sağlanan hak ve menfaate eşit düşmeyen fahiş bir hak ve menfaatin karşı tarafa sağlanması, ahlak kurallarına aykırı düşer. Bu sözleşme geçersiz sayılarak avukatlık asgari ücret tarifesine göre hesaplanacak miktar kadar davacı alacağının varlığı kabul edilmelidir) denmiştir.

Avukatlık ücretinin sözleşmede yabancı para olarak kararlaştırılması mümkündür.

Bunun yanında sözleşmede yer alan ücretin diger yasal sınırlara uyması gerekir. Maktu ücret yanında kazanılanın belli bir yüzdesinin avukata ait olması mümkün değildir. Buna davanın sonucuna katılmak, eski değimle (hasılı davaya iştirak) denmektedir. Örnek olarak taşınmaz davasının konusu olan yerin belli bir kısmının, yüzdesinin avukata ait olması sözleşmede yer almamalıdır.

Avukatlık Kanunu'nun 164/2 maddesinde:

Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.

Avukatlık Kanunu'nun 164/3 maddesinde:

Yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz. kurallarını taşımaktadır

Dava edilenin belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir. Bu takdirde yine maktu ücret söz konusu olacaktır.

Sözleşme ile belirlenen maktu ücretin dava olunan veya hükmolunan paranın % 25'inden fazla olması mümkün değildir. Bu takdirde % 25'i aşan tutar geçersizdir.% 25 oranında ücret geçerli olacaktır. (M Aydın Sayfa: 78-85 ve 101)

Sözleşme ile belirlenen ücret dava kazanılsa da, kaybedilse de geçerlidir. (M. Aydın S: 83)

Dava konusunun bir kısmının avukata ait olacağı sözleşme kararlaştırılması hali: 2 hal vardır:

Dava konusunun para olması hali: bu gibi hallerde dava konusunun bir kısmının avukata ait olacağı kararlaştırılabilir.

Konusu para olan davalarda yasağın uygulanması: kararlaştırılan tutar % 25'i geçemeye cektir.% 25'i aşan kısmı geçersiz olacaktır

Konusu para olmayan ve para ile ölçülemeyen davalarda: bu gibi davalarda dava sonunda verilecek karar madde ile ölçülebilen bir tutar olmayacaktır. Bu gibi davalarda dava sonucuna katılma söz konusu olamaz. Örnek olarak,velayetin tevdii, boşanma gibi davalarda dava sonucuna katılma olamaz.

Bir sözleşmede sanık beraat ederse belli bir ücret, mahkum olursa başka bir ücet kararlaştırılmış ise, bu gibi sözleşmeler, tarifede yer alan asgari ücretin altında olmamak kaydı ile geçerli olacaktır. (M. Aydın S: 102)

Sözleşme ile belirlenen ücret davanın kazanılması halinde ödenecektir koşulunu taşıyorsa, bu koşul geçersizdir. Nedeni ise şudur: bir avukat davayı kazanmayı garanti edemez. Bir avukat ücretsiz dava alamaz. Bu takirde Avukatlık Kanunu'nun 164/4.maddesine göre ücret belirlenecektir.

IV. Avukatlık Ücreti Sözleşmesi Tanıkla İspat Edilebilir Mi?

Bazı olaylarda tarafların belli bir ücret karşılığı avukatla yazılı sözleşme yapılmadan anla şıldığı ileri sürülmekte ve bu sözleşme tanık ile ispat edilmek istenmektedir.

Avukatlık Kanun'u avukatlık ücret sözleşmelerini şekil şartına tabi tutmamıştır.

Avukatlık Kanunu'nun 163/1. maddesinde: (Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir.

...Yazılı olmayan sözleşmeler,genel hükükmlere göre ispatlanır) denmiştir.

Yargıtay bu gibi hallerde sözleşmenin varlığının her türlü delille ispatlanabileceğini kabul etmektedir.

Avukatlık Kanunu'nun 53. maddesinde: (Avukat,iş için yaptığı grüşmelerden gerekli saydıklarını bir tutanakla tespit eder. Tutanağın aldı görüşmede bulunanların tarafından imzalanır.) diye yazılıdır.Bu kural önemli bir kuraldır.

13. Hukuk Dairesi'nin 01.11.2013 gün ve 2013/20161-26786 sayılı kararında iş sahibinin ikrarının yeterli olduğunu bildirmektedir. (ve 12.09.2013 gün ve 2012/25702-2013/21218)

13. Hukuk Dairesi'nin 14.12.2010 gün ve 2010/7879-16862 sayılı kararında: yemin deliline dayanılabileceğini söylemektedir. (M. Aydın, s: 45)

Burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tanıkla ispat yasağını düzenleyen 200. maddesinde yer alan parasal sınır söz konusu olacaktır.

HMK'nın 200. maddesinde:

(Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi ve ikrarı ve itfası amacı ile yapılan hukuki işlemlerin yapıldıkları zamandaki miktarı ve değeri **ikibin beşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gereki**r. Bu hukuki işlemlerin miktar ve değeri **ödeme ve ya borçtan kurtarma** gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz. Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkraki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakatı halinde tanık dinlenebilir), denmiştir.

Her olayın bu madde koşullarına göre değerlendirilmesi gerekecektir.

Yargıtay 13.Hukuk Dairesi kararlarında vekalet ücretinin bir kısmının veya tamamının yemin delili ile ispatını mümkün olduğunu söylemektedir. Örnek kararlar: 24.10.2013 gün ve 2013/18849-26.000 sayılı ve 07.10.2013 gün ve 2013/20191-24512 sayılı kararlarıdır. (Murat Aydın-Sayfa:182)

V. Avukat Ücretini Ne Zaman Almaya Hak Kazanır ?:

Yargıtay 13.Hukuk Dairesi üyesi Sayın Candaş İlgün'ün 2015 basımı Avukatlık Ücreti Sözleşmesi isimli eserinin 2. basısının 323-325. sayfalarında yer alan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 09.03.2010 gün ve 2009/9343-2010/2815 sayılı kararında: **(Avukatlık Kanunu'nun 171/1. nci maddesinde 'avukatlık ücreti kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır' hükmü nedeniyle aksine sözleşme yoksa, iş sonuna kadar takip edilip sonuçlandırnılmadan ücretini talep edemez)** denmiştir.

VI. Yargıtayın Avukatlık Kanunun 164. Maddesi İle İlgili Yorumu:

İstanbul Barosu Dergisi'nin 2009/5 numaralı sayısının 2885-2286. sayfalarında yer alan

13. Hukuk Dairesi'nin 15.02.2001 gün ve 2001/742-1516 sayılı kararında **(Sözleşmenin yapıldığı tarihte bir taraf için sağlanan hak ve menfaate eşit düşmeyen fahiş bir hak ve menfaatin karşı tarafa sağlanması ahlak kurallarına aykırı düşer. Bu sözleşme geçersiz sayılarak avukatlık asgari ücret tarife sine göre hesaplanacak miktar kadar davacı alacağının varlığı kabul edilmelidir)** denmiştir.

VII – Haksız Azilde Avukatlık Ücreti Alacağı:

Avukatlık Kanunu'nun 174. maddeye göre,(Üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat hiçbir ücret isteyemez ve peşin aldığı ücreti geri vermek zorundadır.)

(**Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir.** Şu kadar ki, avukat kusur ve ihmalinden dolayı azledilmiş ise, ücretin ödenmesi gerekmez.) denmiştir.

Pek çok kere vekil edenler avukatlarını haklı bir neden olmadan azletmektedirler. Azil iradesi çok kere Noterden gönderilen azilname ile yapılmaktadır. Çok kere azil (gördüğüm lüzum nedeni ile) yapılmakta, bazen de (belli nedenler) ileri sürülerek yapılmaktadır.

Azleden iş sahibi avukatlık ücret alacağı davasında bu iddiasını ispatlamakla zoruludur.

Yargıtay ispat yükünü azledene yüklemektedir.

Haksız azil halinde avukat ücretinin tamamını alacaktır. **Bu takdirde avukatın görev yaptığı davanın kararının kesinleşmesini beklemek gerekmemektedir**.

Haksız azilde avukat azli öğrendiği tarihten başlamak üzere ücretini isteme hakkına sahip olmaktadır.

Burada iki konuyu birbirinden ayırmak gerekmektedir:

İlki Avukatlık Kanunu'nun 164/4 maddesine göre olan ücretttir.

İkincisi Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesine göre olan ücretttir. Yani karşı yan vekalet ücretini avukat azleden vekil eden tahsil etmiş ise isteyebilecektir. Eğer vekil eden yararına hükmedilen ücreti azleden vekil eden tahsil etmiyorsa avukatlak ücret alacağını gören Mahkeme tahsile karar vermesi gerekecektir. (13. Hukuk Dairesi'nin 23.09.2014 gün ve 2014/11112-28411 sayılı kararı örnektir.) M.Aydın- Sayfa: 151)

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 08.05.2007 gün ve 2007/2.762 – 6.353 sayılı kararında (Davacı avukatın başarı ile takip ve sonuçlandırdığı, azlin haksız olduğu anlaşılmakla, taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesi bulunmadığından Avukatlık Kanunu'nun değişik 164/4.maddesine göre ücrete karar verilmelidir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi üyesi Sayın Candaş İlgün'ün 2015 basımı Avukatlık Ücreti Sözleşmesi isimli eserinin 2. basısının 318-319. sayfalarında yer alan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 31.10.2011 gün ve 2011/6234-15675 sayılı kararında: **(haksız azil halinde azil tarihine kadar sonuçlandırdığı işlerin ücretini isteyebilir.)** denmiştir.

İstanbul Barosu Dergisi'nin 2008/1 numaralı sayısının 405-406. sayfalarında yer alan 13. Hukuk Dairesi'nin 12.07.2007 gün ve 2007/4056-10070 sayılı kararında (Avukatın haklı olarak azledildiğine ilişkin delil sunulmamış olması karşısında azlin haksız olduğu dikkate alınarak Avukatlık Kanunu'nun 164/4.maddesi gereğince dava konusu miktarın % 10 – 20'si arasında bir vekalet ücretinin takdiri gerekir) denmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 08.05.2007 gün ve 2007/2.762 – 6.353 sayılı kararında (Davacı avukatın başarı ile takip ve sonuçlandırdığı, azlin haksız olduğu anlaşılmakla,taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesi bulunmadığından Avukatlık Kanunu'nun değişik 164/4. maddesine göre ücrete karar verilmelidir.

İstanbul Barosu Dergisi'nin 03/2010 sayısının 1735 -1739 sayfalarında yayınlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.11.2009 gün ve 2009/13 – 482 -556 sayılı kararında (Haklı nedenle vekillik görevinden azledilmiş olan ve müvekkili lehine olumlu bir iş de yapmamış olan avukat müvekkilinden ücret talep edemez.) denmektedir.

Avukatın karşı tarafa yüklenen avukatlık ücretine ilişkin talebi, bu ücretin karşı taraftan tahsil edilmiş veya edilebilir hale gelmiş olmasına bağlıdır) (İstanbul Barosu Dergisi 2008/03 sayılı – sayfa:1.485 – 1.586)

VIII. Kamulaştırma Davalarında Vekalet Ücreti İle İlgili Yasa Maddeleri:

Kamulaştırma davalarında vekalet ücreti uygulaması özellikler taşımaktadır:

04.11.1983 gün ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 4650 sayılı Kanun'un geçici 6. maddesi ile değiştirilmiş ve: **(Bu madde kapsamında açılan davalarda mahkeme ve icra harçları ile her türlü ve kalet ücretleri bedel tespiti davalarında öngörülen şekilde maktu olarak belirlenir**) denmiştir.

Bu maddenin uygulaması Karşıyaka Hakimi Sayın Murat Caydın'ın Vekalet Ücreti isimli 2015 basımı eserinin 6. basısının 268-275. sayfalarında yer alan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin kararlarında anlatılmaktadır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 25.2.2015 gün ve 2014/13305-2015/5897 sayılı kararında

(.....O halde tüm bu nedenlerle kamulaştırma bedelinin tespit ve tesciile ilişkin davada, **avukat ile müvekkil arasında yazılı bir sözleşme bulunmaması durumunda avukata ödenmesi gere ken vekalet ücretinin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde öngörülen ünret olduğunun kabulü gerekir.)**

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 20.01.2015 gün ve 2014/8469-2015/608 sayılı kararında:

(Kamulaştırma Kanunu'nun 31. maddesinin (e) bendinde kamulaştırma bedelinin tamamı veya bir kısmının avukata veya dava vekili veya onlar adına hareket edenlere ait olacağının kararlaştırılmasının yasak ve suç sayılan eylem olduğu. Aynı Kanun'un 33. maddesinde de, 31/e baddeye aykırı hareket edenler hakkında bir yıldan aşağı olmamak üzere hapis ve ağır para cezası öngörüldüğü açıkça yazılıdır. Bu durumda kamulaştırma davaları ile ilgili olarak avukatlık ücretinin nispi (% 10,% 20,% 30) olarak kararlaştırılmasının anılan yasa hükümleri gereğince yasak ve suç teşkil etmesi itibariyle geçersiz olduğunun kabülü gerekir. **Kamulaştırma davaları yönünden avukatla müvekkil arasında yazılı bir sözleşme bulunmaması, ya da geçersiz olması durumunda avukata ödenmesi gereken vekalet ücretii ise, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde öngörülen maktu ücret kadardır.)**

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 14.01.2015 gün ve 2014/9368-2015/238 sayılı kararında:

(Taraflara arasında düzenlenen 18.10.2010 tarihli avukatlık ücret sözleşmesinin 2. maddesinin b,c,d,e bentlerinde mahkemece belirlenecek taşınmaz hisse değerlerinin %10'na takabül eden vekalet ücretlerinin her taşınmaz için ayrı ayrı ödeneceğinin kararlaştırıldığı görülmektedir. Sözleşmenin bu hükmüne göre vekalet ücretinin %10 oranı üzerinden hesaplanarak tespit edilecek vekalet ücretine hükmolunması gerekir..)

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 29.5.2014 gün ve 2014/881-2014/16658 sayılı kararında:

(Uyuşmazlık kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davalarında davalı tarafta bulunan davacı avukata ödenecek ücretin ne olacağı konusunda toplanmaktadır. **4650 sayılı Yasa'nın kamulaştırma davalarını yeni bir usule bağladığını belirtmek gerekir. Kanun genel hükümleri uyarınca açılan kamulaştırmasız el atma davalarının tabi olduğu yöntemden ayrılmıştır. Kamulaştırma bedelinin tespiti ve yerin idare adına tescili davası niteliği itibariyle bir tespit davası niteliğinde olduğundan, her iki taraf lehine MAKTU VEKALET ÜCRETİNE HÜKMEDİLMEKTEDİR. Açılan davada kamulaştırma bedelinin artırımı söz konusu olabileceği gibi, kıymet takdir komisyonunun belirlediği değerden daha az bir bedelin ortaya çıkması da mümkün imkan dahilindedir. Bu tür davalarda haklı veya haksız çıkan taraf yoktur. Bu nedenle mahkeme 10. maddede öngörülen usule göre, kamulaştırma bedeli olarak tespit edilen miktarın,peşin ve nakit olarak mal sahibi adına bir bankaya yatırılması halinde taşınmaz malın idare adına tesciline ve kamulaştırma bedelinin davalı tarafa ödenmesine karar verilir. Tescil hükmü kesin olup, tarafların bedele ilişkin temyiz hakları saklıdır.**

Bu açıklamalardan sonra 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 'yasak işler ve eylemler' başlığını taşıyan 31/e maddesinde 'kamulaştırma bedelinin tamamının veya bir kısmının avukat veya dava vekili veya onlar adına hareket edenlere ait olacağının kararmlaştırılamayacağı' hüküm altına alındıktan sonra aynı kannun 32. maddesinde yasak daha da genişletirerek aksine davranışın suç olduğu belirtilmiş, 33. maddede bu suçun müeyyidesi öngörülmüştür. Bu nedenle yasanın açık düzenlemeleri karşısında kamulaştırma bedelinin tamamının veya bir kısmının avukata ait olacağına ilişkin her türlü ücret kararlaştırmalarının yasaklandığı ve suç sayıldığı, taraflar arasında kurulduğu kabul edilen sözleşmenin BK'nın 19.ve 20. maddeleri ve yasanın 31. maddesi gereği kesin hükümsüzlüğü gözönüne alınmalıdır. O halde mahkemece davacı avukatına davalıları temsil ettiği Kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davalarında MAKTU VEKALET ÜCRETİ ALABİLECEĞİ GÖZÖNÜNDE BULUNDURULARAK ....karar verilmesi gerekir)

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 12.11.2013 gün ve 2013/438-2013/279091658 sayılı kararında: **(...Bu kabule göre,yazılı veya sözlü sözleşmenin bulunmaması halinde ödenmesi gereken vekalet ücreti miktarının mahkemenin takdirine göre dava değerinin % 10'u ile % 20'si arasındaki bir oranda belirlenmesini öngören Avukatlık Kanunu'nun 164/4. maddesinin de kamulaştırma davaları yönünden uygulanması mümkün değildir. Aksi görüşün kabulü,başka bir ifade**

ile 'yazılı ücret sözleşmesi yapılmaması durumunda Avukatlık Kanunu'nun 164/4.maddesi gereğince vekalet ücretinin dava değerinin %10'u ile % 20 si arasında bir oran üzerinde belirlenebileceğini kabul etmek, Kamulaştırma Kanunu'nun 31/e ve 33. maddelerine aykırılık teşkil edeceği gibi,genel olarak benimsenen sözleşme serbestisinin,-kamu yararı düşüncesi ile sınırlandırıldığı istisnai hallerden biriolarak biri olarak düzenlenmiş olan söz konusu bu yasa hükümlerinin ihdas amacına aykırı olacaktır....)

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 231.10.2013 gün ve 2013/17942-26499 sayılı kararında:

(...Taraflara arasında düzenlenen 24.03.2010 tarihli sözleşmede kamulaştırma bedelinin % 10 u oranında bedelin avukata ödeneceği kararlaştırılmıştır.**2942 sayılı Kanun'un 31/e maddesi uyarınca bu kararlaştırma geçersizdir. Mahkemece davanın geçersiz sözleşme uyarınca nispi ücret istenemeyeceği, ancak maktu vekalet ücreti talep edilebileceği kabul edilerek hüküm kurulması gerekirken...)**

Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 12.06.2013 gün ve 2013/5765-16006 sayılı kararında:

(Kamulaştırma Kanunu tarafından hüküm altına alınacak şeyin değerinin belli bir yüzyüzdesi koşulu ile ücret sözleşmesi yasaklanmıştır. Kamulaştırma bedelinin artırılması için koşulu ile ücret sözleşmesi yasaklanmıştır. Kamulaştırma bedelinin artırılması için açılacak davalarda Avukatlık Kanunu'na göre özel hüküm niteliğini taşıyan Kamulaştırma Kanunu'nun ilgili hükümleri öncelikle uygulanacaktır. Davalı, Avukatlık Kanunu'na göre nisbi ücret talep edemez.

Kamulaştırma Kanunu gereğince kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davalarında MAKTU ÜCRETE HAK KAZANIR....)

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi üyesi Sayın Candaş İlgün'ün 2015 basımı Avukatlık Ücret Sözleşmesi isimli eserinin 2003-204. sayfalarında yukarıda alınan kararlarda yer alan uygulama anlatılmıştır.

203. sayfada: **(Buna göre,kamulaştırma bedelinin artırılması için açılacak davalarda Avukatlık Kanununa göre özel hüküm niteliğini taşıyan Kamulaştırma Kanunu'nun bu hü kümleri öncelikle uygulanacaktır.)**

204. sayfada **(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin uygulamasına göre de, Kamulaştırma Kanunu'ndaki yasağa rağmen yapılan sözleşmeler geçersiz sayılmakta, bu halde vekil iş sahibinden hiç bir şekilde TARİFE GEREĞİNCE VEKALET ÜCRETİ ALAMAMAKTADIR.**

Kamulaştırma Kanunu'ndaki bu yasak hasma yüklenen vekalet ücreti yönünden GEÇERLİ DEĞİLDİR. Bu halde vekil yararına Avukattlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince MAKTU OLARAK ÜCRET TAKDİR EDİLECEKTİR.

Kamulaştırmasız el koyma nedeniyle açılaçak el koyma davalarında taraflar Avukatlık Kanunu'ndaki oranlar dahilinde sözleşme yapabilecektir. Kamulaştırmasız el koyma davasıniteliği itibariyle tazminat davası olduğu için, Kamulaştırma Kanunu'nun 31. maddesindeki ya sak kapsamında değildir.) denmiştir.

IX. Davanın Sonucuna Katılma Yasağı:

Avukatlık Kanunu'nun 164/2-3. maddesine göre:

(Avukatlık ücreti avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder. Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere,dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.

Yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz.) kurallarını içermektedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi üyesi Sayın Candaş İlgün'ün 2015 basımı Avukatlık Ücreti Sözleşmesi isimli eserinin 2. basısının 205-207. sayfalarında bu kurallar yorumlanmaktadır. Sayın İlgün şunu söylemektedir:

Avukatlık Kanundaki yasak 'dava konusu mal veya hakkın bir kısmının aynen avukata ait olmasıdır. Bu husus dava olunan meblağın belli bir yüzdesinin avukatlık ücreti alarak belirlenmesine engel değildir. Örneğin ortaklığın giderilmesi davası sonucunda taşınmaz ihale ile satılır ise satış bedelinden yüzde ile vekalet ücreti tayini geçersiz kabul edilmekte, bu halde Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince maktu vekalet ücreti alabilecektir. Avukatlık Kanunu'nun 164/2. dava konusu taşınmazın değeri üzerinden hesaplanacak bir oranın belli bir yüzdesinin avukatlık ücreti olarak kararlaştırılmasına engel değildir. Avukatlık Kanunu'nun 163/2. maddesi gereğince yokluk halleri hariç avukatlık sözleşmesinin bir hükmünün geçersizliği bu sözleşmenin tümünü geçersiz kılmaz. Kanuna aykırı olarak dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olmasını ve bunun yanında MAKTU VEYA NİSPİ BİR TUTARIN ÜCRET OLARAK ÖDENMESİNİ ÖNGÖREN SÖZLEŞMELER, AYNİ ÜCRET KISMI GEÇERSİZ SAYILACAK DİGER KISIM GEÇERLİLİĞİNİ KORUYACAKTIR.

Avukatlık ücreti yabancı para üzerinden kararlaştırılabilir.

Harcı tamamlanmayan dava olunan değer üzerinden vekalet ücreti tayinin mümkün değildir.

Avukatlık Kanunu'nun 164/2.maddesinde (başarıya göre değişmek ifadesi) kaldırılmış ise de,(%25'i aşmamak şartı) korunmuştur. Avukatlık Kanunu ücret sözleşmesinde dava edilenin veya hükmolunan değerin % 25 sini aşıp aşamayacağını düzenlemiş değildir. Ancak kanaatimce % 25 sınırı burada uygulanmalı ve bu sınırı aşan kısım geçersiz olmalı ve % 25 üzerinden hesap yapılmalıdır, Bu nedenle % 25 sınırının maktu ücrette de geçerli olduğu düşüncesindeyim) demektedir.

Karşıyaka Hakimi Sayın Murat Aydın'ın Avukatlık Ücreti isimli eserinin 97-104. sayfalalarında uygulama anlatılmaktadır. 101. sayfasında yer alan açıklamalara göre:

Konusu para olan davalarda yasağın uygulanması anlatılmakta ve (**taraflara arasında düzenlenen sözleşmede hem maktu ve hem de nispi ücretin avukata ait olacağı kararlaştırılmışsa maktu ücret geçerli,nispi ücretin geçersiz olduğu)** yazılıdır. Bu yorumun dayanağı olarak Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin Yargıtay Kararları Dergisi'nin 11/1979 numaralı sayısında yayınlanan 10.04.1978 gün ve 1978/35174-4786 sayılı kararı gösterilmiştir.

Ayni eserin 101-102 sayfalarında yer alan açıklamalara göre, konusu para olmayan, para ile ölçülemeyen davalarda hükmedilen maddi bir değer olamayacağından bu yasağın uygulanamayacağı yer almıştır.

Ayni eserin 102-1032 sayfalarında yer alan açıklamalara göre, konusu para olmayan, para ile ölçülemeyen davalarda, örneğin taşınmazın 1/4 ünün avukata ait olacağına dair kural bulunan olayda vekil eden kazanılan yerin 1/4 ünü avukata tapuda devretmiş ise, Avukatlık Kanunu'nun 163/2. maddesine göre '**ifa edilen sözleşmenin geçirsizliği ileri sürelemeyceğinden'tapuda devredilen 1/4 paylık devrin iptalinin istenemeyeceği)** yazılıdır. Bu değerlendirmenin aksini düşünelim: eğer tapuda 1/4 devredilmeseidi, bu konudaki sözleşme geçersiz sayılacaktı !

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 09.032009 gün ve 2009/11804-3099 sayılı kararında özetle, (Sözleşmede kararlaştırılan ücret müddeabihin tamamına yakın kısmını içermekte olup, iyiniyet ve ahlak kuralları ile bağdaşmaz. Bu nedenle ücret sözleşmesi geçersizdir.) denmiştir

X. Çekişmeli Hakları Edinme Yasağı:

Karşıyaka Hakimi Sayın Murat Aydın'ın AvukatlıkÜcreti isimli eserinin 103-104. sayfalalarında uygulama anlatılmaktadır. Bu açıklamalara göre:

Avukatlık Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre,

Avukat el koyduğu işlere ait çekişmeli hakları edinmekten veya bunların edinilmesine ara cılıktan yasaklıdır Bu yasak, işin sona ermesinden itibaren bir yıl sürer.

Birinci fıkra hükmü, avukatın ortaklarını ve yanında çalıştırdığı avukatları da kapsar.

(Ek fıkra: 02/05/2001 - 4667/33 md.) Ancak, 164. madde hükmü saklıdır.

Madde 48 - Avukat veya iş sahibi tarafından vadolunan veya verilen bir ücret yahut da her hangi bir çıkar karşılığında avukata iş getirmeye aracılık edenler ve aracı kullanan avukatlar altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu eylemi yapanlar memur iseler, verilecek hapis cezası bir yıldan aşağı olamaz.

XI. Tahsil Şartına Bağlı Vekalet Ücreti:

Bazı avukatlık ücret sözleşmelerinde kararlaştırılan ücret tahsil şartına bağlanmaktadır. Bu takdirde avukat ücretini dava edilenin tahsil edilmesi halinde alabilecektir.

Ancak sözleşmede bu koşulun bulunması hallerinde avukat haksız olarak azledilmiş ise, ne olacaktır: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi üyesi Sayın Candaş İlgün'ün 2015 basımı Avukatlık Ücreti Sözleşmesi isimli eserinin 2. basısının 222-223. sayfalarında bu kurallar yorumlanmaktadır. Sayın İlgün şunu söylemektedir:

(....azil tarihi itibariyle TAHSİL EDİLMİŞ veya TAHSİL EDİLME AŞAMASINA gelmiş olan dosyalar yönünden avukatın ücret talep edebileceğinin kabulü gerekir) denmiştir.

XII. Avukatlık Ücreti Davasında İcra İnkar Tazminatı Alınmasının Koşulları

Avukat ücret alacağı için borçlusunra karşı uicra takibi yapmış ve borçlu borcu inkar etmiş ise ücret alacağının tahsili davasında icra inkar tazminatı istenmektedir.

Yargıtay uygulamasına göre, İİK'nin 67/2. maddesi uygulamasına göre, icra inkar tazminatının borçludan alınabilmesi için (borçlunun icra takibine itiraz etmesi, alacaklının Mahkemede haklı çıkması ve alacağın likit olması) gerekmektedir.

XIII. Avukatlık Ücreti Davasında Manevi Tazminat Almanın Koşulları

Haksız azilde azledenin azlettiği avukatı küçük düşürücü, kişilik haklarını ihlal edici dav ranışlarda bulunması mümkündür. Bu takdirde manevi tazminada hükmedilebilecektir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 21.12.2011 gün ve 2011/12659-19831 sayılı kararı bu yoldadır. (Murat Aydın – S:151)

Şunu da söylemek gekir ki, azleden kişi avukatın kişilik haklarını ihlal etmemiş, savunmanın yasal hudutları içinde kalmış ise, manevi taznimat gerekmeyecektir.

XIV. Yargılama Gideri Olarak Avukatlık Ücreti:

Avukatlık Asgari Ücret Tarifeleri avukatların yapacağı bütün hukuki yardımlar karşılığın da alacağı en az ücreti belirleyen belgelerdir. (Murat Aydın-Sayfa: 701)

Avukat iş sahibi ile yazılı ücret sözleşmesi yaparsa geçerlilik koşulalarına göre Avukatlık Kanunu'nun 171/1 maddesinin sınırları içinde ücretini alacaktır. Şöyle 'ki avukatlık ücreti kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır' hükmü nedeniyle aksine sözleşme yoksa iş sonuna kadar takip edilip sonuçlandırılmadan ücretini talep edemez) şeklindeki düzenleme geçerli olacaktır.

Eğer yazılı sözleşmede (avukat ücretini kararın verildiği tarihte alacaktır) kuralı varsa bu tarihte ücretini alabilecektir.

Eğer yazılı sözleşme bulunmuyorsa, Avukatık Kanunu'nun 164/4. maddesine göre dava ve ya iş para ile ölçülebiliyorsa, ücret tarifesinin altında olmamak şartı ile avukatın emeğine göre, ilamın kesinleştiği tarihte müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasında bir ücret verilecektir. Eğer dava veya iş para ile ölçülemiyorsa asgari ücret tarifesi uygulanacaktır.

Bir kişiyi bir avukat bir davada temsil etmiş ise, dava sonunda o kişiyi temsil eden yararına vekalet ücreti avukatlık asgari ücret tarifesine göre belirlenecektir.

İş sahibi ile avukat arasında yazılı sözleşme ile avukatlık ücreti belirlenmemiş ise, avukatlık asgari ücret tarifesinin altında olmamak üzere belirlenecektir.

Uzlaşma ve Arabuluculukta Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesine göre, tahkimde tarifenin 17. maddesine göre, iş takibinde tarifenin 18. maddesine göre ücret belirlenecektir.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerine göre **ücret nispi ve maktu** olarak **iki çeşit altında düzenlenmiştir.**

Nispi ücret dava konusunun para ile ölçülmesinin mümkün olduğu hallerde hesaplanan ücrettir. **Maktu ücret** dava konusunun para ile ölçülmesinin mümkün olmadığı hallerde hesaplanan ücrettir.

2015 yılında uygulanan tarifeye göre: Tarifenin 13. maddesine göre,- belirlenecek nispi ücret davanın görüldüğü Mahkemeye göre belirlenen maktu ücretten az olmayacaktır. Nispi ücrete bu şekilde bir alt sınır getirilmiştir.

Tarifenin 13/2. maddesine göre, bu şekilde belirlenen ücretin kabul veya reddedilen miktarı geçemeyeceği kabul edilmiştir.

Nispi ücret tarifede yer almaktadır.Nispi ücret avukatlık ücret alacağı davalarında uygulanan ücret değildir. **Nispi ücret Mahkemede görülen vekatelet ücreti alacağı davası dışında kalan dava larda Mahkemelerin taraflar yararına belirlediği ücrettir.**

XV - Vekalet Sözleşmesinde Zamanaşımı:

Avukatlık Kanunu'nun 40. maddesine göre:

(İş sahibi tarafından sözleşmeye aykırılığa dayanılarak avukata karşı ileri sürülen tazminat istekleri bu hakkın doğumunun öğrenildiği tarihten bir yıl ve her hal de zararı doğuran olaydan beş yıl geç mekle düşer)

Yargıtay 13.Hukuk Dairesi Sayın üyesi Candaş İlgün'ün 2015 basımı Avukatlık Ücret Sözleşmesi isimli eserinin 40 ve devamındaki açıklamalara göre zaman aşımı süresi 5 yıldır.

Yard. Doç. Dr. Türker Yalçındoğan'ın 2007 basımı Vekalet Sözleşmesinde ücret isimli eserinin 221-223. sayfalarında yer alan açıklamalara göre, Borçlar Kanunu'nun 126/4. maddesine göre, vekalet akdinen doğan davalar beş yıllık zamanaşımına tabidir. Bundan dolayı vekilin ücret alacağı da beş yıllık zamanaşımına tabi olacaktır, denmiştir.

Örnek kararlar Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 18.11.1991 gün ve 1991/8475-14336 sayılı Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 15.01.1971 gün ve 1971/11.331-384 sayılı, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 05.10.1982 gün ve 1982/5038-5415 sayılı, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 14.06.1971 gün ve 1971/4/4048-5864 sayılı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 24.01.1972

gün ve 1972/193-443 sayılı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 16.09.2005 gün ve 2005/5697-5697 sayılı kararları gösterilmiştir.

Karşıyaka Hakimi Sayın Murat Aydın'ın Avukatlık Ücreti isimli eserinin 2015 yılı 6. basımının 165. sayfasında yer alan açıklamalara göre,T. Borçlar Kanunu'nun 147/1-5-b hükmüne göre, **vekalet akdinden doğan davalar beş yıllık zamanaşımına tabidir. Buna göre avukat ile iş sahibi arasın daki vekalet akdinin özel görünümü olan avukatlık sözleşmesinden meydana gelen ücret alacağı alacağın muaccel hale gelmesinden itibaren beş yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrar. Yargıtayın yerleşik uygulaması ayni yoldadır.**

XVI. Davaya Girmeden Sadece İhtar ve Dilekçe Yazan Avukatın Alacağı

Bir avukat vekil edeninden vekalet aldıktan sonra, sadece ihtar gönderirse veya sadece dava dilekçesi yazarsa vekalet ücreti nasıl olacağı çok kere karşımıza çıkmaktadır.

Bu takdirde avukat yazılı ücret sözleşmesinde yer alan ücretini veya yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış ise,yasanın belirlediği Türkiye Barolar Birliğinin düzenlediği Asgari Ücret Sözleşmenin kurallarına göre belirlenecek ücreti alamayacaktır.

Sadece tarifeye göre ihtar veya dilekçe yazmanın ücretini alabilecektir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi üyesi Sayın Candaş İlgün'ün 2015 basımı Avukatlık Ücreti Sözleşmesi isimli eserinin 2. basısının 323-325. sayfalarında yer alan Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 09.03.2010 gün ve 2009/9343-2010/2815 sayılı kararında: **(Avukatlık Kanunu'nun 171/1. nci maddesinde 'avukatlık ücreti kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır' hükmü nedeniyle aksine sözleşme yoksa, iş sonuna kadar takip edilip sonuçlandırılmadan ücretini talep edemez)** denmiştir.

XVII. Ceza Davalarında Avukatlık Ücreti:

Vekalet ücreti alacak davası açan avukatın ücreti ödenmemiş ise, ceza davaları para ile ölçülebilen davalardan olmadığından Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde yer alan maktu ücreti alabilecektir

Eğer ceza davasında ücreti ödemeyen yararına,sanık zararına parasal bir tutarın tahsili is tenmiş ise, bu takdirde genel kurallara uyularak ücrete karar verilecektir.

XVIII. Vekalet Ücreti Alacağında Faiz Sorunu:

Vekalet ücretinde faizin ne oranda vekil edenden alınabileceği konusunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Yargıtay 13. Hukuk Dairesi pek çok kararlarında ayni yönde kararlar vermektedirler.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 27.03.2014 gün ve 2013/9803-2014/8939 sayılı kararında: Uyuşmazlığın dairemizin incelemesine geldiği aşamadae 6098 sayılı Türk Borçlar Kanu nu yürürlüğe girmiş olup, 6101 Sayılı Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 2. maddesinde 'gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil işlemlerde uygulanır' denildikten sonra, görülmekte olan davalara ilişkin uygulama başlığını taşıyan 7. maddesinre aynen 'Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ve geçici ödemelere ilişkin 76. faize ilişkin 88. temerrüde ilişkin 120 ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesi görülmekte olan davalarda da uygulanır' düzenlemesi getirilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 88. maddesindeki 'faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa,faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. **Sözleşme ile kararlaştırılacak faiz oranı.birinci fıkra uyarınca belir lenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz**. **Akdi faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte söz leşmede temerrüdüd faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı dabirinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise,temerrüt faizi oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olur' düzenlemesine yer verilmişkir.**

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde,uyuşmazlığın çözümü bakımından yargılama sırasında yürürlüğe girmiş olan ve halen devam eden davalarda da uygulanması gereken hükümler içeren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 88 ve 120. maddelerinin emredici nitelik taşıdığı ve taraflar ileri sürmese dade re'sen gözetileceğinin kabulü gerekir.

TBK 120. maddesinde 'temerrüt faizi' başlıklı düzenlemede şu şekilde bir çözüme gidilmiştir:

Uygulamacak yıllık temerrüt faiz oranı,sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlekte olan mevzuat hükümklerine göre belirlenir. (TBM.m.120/1 atıfı ile 3095 sayılı Kanun madde 2)

Yıllık temerrüt faiz oranı.sözleşmede kararlaştırılmamışsa, bu oran (sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı) birinci fıkra uyarınca belirlenen faiz oranının yüzde yüzü fazlasını aşamaz.

(TBK m.120/2. atfıyla 3095 sayılı Yasa md.2 adi işlerde %9+%de 100 fazlası ile %18'i, ticari işlerde avans faizinin iki katını (01.01.2011 tarihinden 31.12.2012 tarihine kadar avanzs faizi % 15 olduğundan iki katı %30'u aşamayacaktır.). denmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 22.01.2014 gün ve 2013/20867-2014/1550 sayılı kararında: Davacılar tarafından mras bırakan Ş.Ş.nin 14.02.2008 gününde ölümü üzerine S. Noterliğinden 06.05.2008 günlü ve 5196 sayılı ihtar ile muras bırakan Ş.Ş.nin ölümü nedeniyle vekilliklerinin sona erdiği ve 23.05.2008 tarihli ilk oturum olan 23.05.2008 günlü oturuma kadar vekaletname vermeleri, ya da 150.000,00 Euro vekalet ücretinin ödenmesini istedikleri, bu ihtartanenin mirabırakan Ş.Ş.nin mirasçılarına tebliğ edildiği ve **böylece davalıların vekalet ücreti yönünden 23.05.2008 tarihi itibariyle temerrüde düştükleri anlaşılmıştır**. O halde Mahkemece davacıların 23.05.2008 gününden takip gününe kadar işlemiş faiz talep edebilecekleri dikkate alınarak, bu yönden bilirkişi incelemesi yaptırılaması ve hesaplanacak faize karar verilmesi gerekir,denmiştir

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 21.01.2013 gün ve 2011/20393-844 sayılı kararında:

Davacı vekalet ücreti alacağının ödenmesi için davalıya 14.01.2010 günlü ihtarnameyi göndermiş olup,15.01.2010 günü karşı tarafa tebliğ edilmiştir. İhtarnamede üç günlük sürenin de ilavesi ile davalı temerrüde düşmüştür....Bu tarih itibariyle faizin hesaplanması gerekirken...,denmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 26.09.2011 gün ve 2011/3396-13109 sayılı kararında:

Davacının 30.03.2007 gününde davalı tarafından azledilmesi üzerine, davalıya gönderdiği 16.04.2007 günlü ihtarla vekalet ücretinin iki gün içinde ödenmesini istediği ve ihtarnmenin davalıya 16.04.2007 günü tebliğ edildiği dosyada bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. **Davacının hak ettiği vekalet ücretinin azil tarihinde muaccel olduğu izahtan vaseste olup**, davalı kendisine tebliğ edilen ihtarna me ile TBK'nın 101/1.maddesi uyarınca temerrüde düşmüştür. **Hal böyle olunca davacı hak ettiği vekalet ücretini ihtarnamede belirlenen iki günlük sürenin sonundan itibaren yasal faiz isteme hak ve yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekir**....,denmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 22.03.2011 gün ve 2011/9117-4201 sayılı kararında:

Borçar Kanunu'nun 101/1, maddesi gereğince muaccel borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur. Davacı dava konusu vekalet ücretinin tahsili için davadan önce 09.09.2008 günün de ihtar göndererek davalıyı temerrüde düşürmüştür. **Bu durumda İHTARIN TEBLİĞ TARİHİ olan 10.08.2008 tarihinde, ihtarda verilen üç günlük sürenin de ilavesi ile davalı 14.09.2008 tarihinde temerüde düşürüldüğünün kabul edilmek suretiyle Mahkemece hükmedilen alacağı 14.09.2008 tari hinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken**.... denmiştir.

Yargıtay 13.ncü Hukuk Dairesi 21.03.2011 gün ve 2010/14325-2011/2443 sayılı kara kararında:

Kabule göre, BK'nın 101.maddesi hükmü uyarınca muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur. Davaya konu olayda davacı davalıyı davadan önce temerrüde düşürdüğüğünü ispatlayamamıştır. **Öyle olunca davanın açılması ve ıslah edilmesi tarihlerinde davalının temer rüde düştüğünün kabulü ile 6.000,00 TL na dava tarihinden,-bakıye kısma ise ıslah tarihinden faizyürütülmesi gerekirken,**....denmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 02.02.2010 gün,2010/7108-15996 sayılı kara kararında:

Taraflar arasındaki 4.10.2002 tarihli avukatlık ücret sözleşmesinin 2.maddesinde 25.000,00 TL ücretin ödeneceği belirtildikten sonra,10. maddesinde ücretin 5.000,00 TL nın 01.11.2002 tarihinde,10.000, 00 TL ücretin 01.12.2002 tarihinde,10.000,00 TL ücretin 01.01.2003 tarihinde olmak üzere üç taksit halin de ödeneceğinin kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. **Sözleşmedeki bu düzenleme,davalının edimi için kesin vade olup, tarafları bağlar. Yine sözleşmede davalı edimi için kesin vade öngörüldüğünden, davacının davalıya BK 101. maddesi uyarınca ihar çekip münasip mehil vermesine gerek bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle davacının ücret alacağına vade tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gekekir,**....denmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 05.11.2009 gün, 2009/3019-12643 sayılı kara kararında:

Davacı dava dilekçesinde faiz istememiş, ancak 19.06.2008 tarihli ıslah dilekçesi ile talebini artırarak tüm alacağına dava tarihinden itibaren yasal faiz uygulanarak tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. **Faiz asıl alacağa bağlı onun ferisi niteliğinde olup,karar kesinleşinceye kadar her zaman istenebileceği gibi, ayrı bir dava ile ile de istenebilir. Bu konuda davalı yararına usulü kazanılmış bir haktan söz edilemeyeceğinden**.... denmiştir.

Bu kararlar Sayın Karşıyaka Hakimi Murat Aydın'ın 2015 basımı Avukatlık Ücreti adlı eserinin 664 -674.ncü sayfalarında yer almıştır.

XIX. Yasal Faiz Nasıl Hesaplanır:

Uygulamada yapılan hatalardan birisi de,dava dilekçelerinde, icra takip taleplerinde davacı ve alacaklıların yaptıkları hatalı faiz istekleridir. İstenecek faizin başlangıcında, süresinde, hesabında hata yapıldığı gibi,çok kere faiz isteme hakları bulundukları halde çok kere istenmediği görülmektedir. Özellikle yoğun olarak bilirkişiliğini yaptığım tenkis davalarında bunu görmekteyim. (Bugüne kadar en az 4.000 adet tenkis raporu yazdığımı tahmin ediyorum.)

Bir de kat mülkiyetinden doğan alacak taleplerinde takip taleplerinde ve dava dilekçelerinde (aylık % 5 gecikme tazminatı) isteneceği halde (aylık % 10 faiz) istenmektedir. İki kavramın ve sonuçlarının birbirinden farklı olduğu açıktır. Bu hatalarla hak kaybına neden olunmaktadır.

Bursa Hakimi Sayın Mahmut Bilgenin yazdığı (Faiz Hukuku) adlı eserde anlatıldığına göre:

(Ay hesabında ay 30 gün, yıl hesabında yıl 360 gün kabul edilir. Yıl 365 gün üzerinden kabul edilmez.) Bu kural 12. Hukuk Dairesi!'nin 27.12.1993 gün ve 1993/15.901 – 20.222 sayılı kararında yer almaktadır. Yine 12. HD'nin 22.05.1996 gün ve 1996/681 – 6924 sayılı Kararı'na göre, (367 günlük faizin hesabında önce bir yıllık faiz hesaplanmalı, kalan günler için ise günlük faiz hesaplanmalıdır.)

Bu kurallar başka hukukçuların ayni konuda yazdığı eserlerde de yer almaktadır.

Yasal Faiz oranları zaman içinde =

01.01.1998 – 31.12.1999 arasında senelik % 50,

01.12.2000 ---30.06.2002 arasında senelik % 60

01.07.2002 – 30.06.2003 arasında senelik % 55,

01.07.2003 – 31.12.2003 arasında senelik % 50,

01.01.2004 – 30.06.2004 arasında senelik % 43,

01.07.2004 – 30.04.2005 arasında senelik % 38,

01.05.2005 – 31.12.2005 arasında senelik % 32,

01.01.2006 – ve halen senelik % 9 oranında,uygulanmaktadır.

Avans İşlerinde uygulanacak faiz oranları zaman içinde =

01.01.2000 – 30.06.2002 arasında senelik % 70,(911 gün)

01.07.2002 – 30.06.2003 arasında senelik % 64,(365 gün)

01.07.2003 – 31.12.2003 arasında senelik % 57,(184 gün)

01.01.2004 – 30.06.2004 arasında senelik % 48,(181 gün)

01.07.2004 – 30.06.2005 arasında senelik % 42,(365 gün)

01.07.2005 – 31.12.2005 arasında senelik % 30,(184 gün)

01.01.2000 – 30.06.2002 arası = senelik % 25,

01.01.2007 – 31.12.2007 arası = senelik % 29,

01.01.2008 – 30.06.2009 arası = senelik % 27,

01.07.2009 – 31.12.2009 arası = senelik % 19,

01.01.2010 – 31.12.2010 arası = senelik % 16,

01.01.2011 – 30.06.2011 arası = senelik % 15,

01.07.2012 – 31.12.2012 arası = senelik % 17,75

01.01.2013 – 31.12.2013 arası = senelik % 13,75

01.01.2014 – 30.06.2014 arası = senelik % 11,75,

01.01.2015 dan sonra = senelik % 10,50 oranında gerçekleşmiştir.

3095 Sayılı Kanun'un 4489 Sayılı Kanun'la değişik 1. ve 2. maddesine göre (Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödemesi gereken hallerde miktarı sözleşme ile tespit edilmemiş ise,

Bu oran Merkez Bankası Kararı 30 Haziran önce ise 01Temmuzdan itibaren, 31 Aralıktan önce ise 01 Ocak tarihinden itibaren) uygulanacaktır.

Bu Kanun 01.01.2000 günü yürürlüğe girmiştir.

XX. Vekalet Ücretinde Katma Değer Vergisi Uygulaması:

Katma Değer Vergisi 3065 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir. Bu kanunun 1. maddesine göre,serbest meslek sahipleri ve bu arada avukatlar yaptıkları mesleki fealiyetler nedeniyle katma değer vergisine tabidirler. Verginin yükümlüsü hizmeti ifa edendir. Avukatlak ücretinin oranı halen % 18 dir.

Hizmetin görülmesi ile avukat serbest meslek makbuzu düzenleyerek ödemesi gereken KDV'yi de gösterecektir.

Bazı vekalet ücreti alacağı davalarında ücret yanında ayrıca KDV'si de istenmektedir.Yasa buna izin vermemektedir. Belirlenen ücrete KDV'nin dahil olduğu uygulamada kabul edilmektedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 29.3.2004 gün ve 2003/14.385 – 2004/4.300 sayılı kararında (Anayasa'nın 73. maddesine göre Vergi, resim,harçlar ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulması zorunlu olup. Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 20/4. maddesine göre avukatlık asgari ücretine KDV'si de dahildir. Ayrıca KDV'ne hükmedilemez) (İstanbul Barosu Dergisi 2008/3 sayısı - sayfa: 1446- 1.447)

XXI. Vekalet Ücreti Alacağı Davasında Görevli Mahkeme

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 07.11.2013 günü kabul edildi.

28.11.2013 günlü Resmi Gazete'de yayınlandı. Bu kanun'un 87. maddesine göre, yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra, yani 28.05.2014 günü yürürülğe girdi.

Bu kanun'un 3/L. maddesinde göre, (Mal ve hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri da hil,olmak üzere ticari ve mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek ve tüzel kişiler ile tüketiciler arasanda kurulan eser,taşımacılık, simsarlık, sigorta, **vekalet**,bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemler)'den doğan ihtilafları çözme görevi Tüketici Mahkemelerine verildi.

Bu nedenle vekalet ücreti alacağı, iş sahibinin avukata karşı vekalet sözleşmesinden doğan her türlü hak arama davaları artık Tüketici Mahkemelerince görülmektedir.

XXII. Uygulama İle İlgili Eleştiriler

Pek çok dava, Avukatlık Kanunu'nun yukarıda anlatılmaya çalışılan kuralları incelenmeden açılmaktadır.

Ayni kurallar incelenmeden yazılı avukatlık ücret sözleşmeleri imzalanmaktadır.

Dava dosyalarına verilen bazı sözleşmelerde avukatın imzası bulunmamaktadır.

İhtarın karşı tarafa tebliği ile hak doğacağını bilmeliyiz. Azil ihtarı dosyaya verilmekte, tebliğ şerhleri yazdırılmamaktadır.

Vekalet ücreti alacağı davasını belirsiz alacak davası olarak açmalıyız.

Faiz istenmemektedir. Yasak olan aşırı faizdir.

Avukatlık mesleği onurlu bir meslektir. Bu mesleğin onuruna aykırı hareket edilmemeli, ağır suçlamalara meydan verilmemelidir.

Hukuken elde edilmesi mümkün olmayan konuları elde etmek amacını taşıyan yazılı sözleşmeler yapılmamalı, vekil edenler yanlış bilgilendirilmemelidir.

Yazılı ücret sözleşmesinde faiz konusunda kural bulunmamasına karşılık dava dilekçesinde reeskont faizi istenmemelidir.

Eski vekil edenine karşı yapılan avukatlık ücreti alacağı icra takibinde istenen faizin cinsi yazılmalı, faizin başlangıcı olarak hangi tarihin esas alındığı belirtilmelidir. Ayni davranış dava dilekçelerinde yer almalıdır.

Vekil edenin hukuken hasmı kişinin vekaleti alınmamalıdır.

Vekil edenin zararına işlem yapılmamalıdır.

Vekil eden ölünce vekalet yetkisi sona erer. Buna karşın işlem yapılmamalıdır.

Sözleşmede hem maktu, hem nispi ücret yer alamaz.

Alınan yetki dışında işlem yapılmamalıdır.

Vekilin zararına verilen karar temyiz edilmelidir.

Asgari ücret tarifesinde yer alan ücretin altında yazılı ücret sözleşmesi düzenleyen avukat ,daha sonra ücret az idi, bana daha fazlasını verin dememelidir.

Dava zamanaşımına uğradıktan sonra dava açılmamalı,ıslah edilmemelidir.

Aldığı vekalet sonucu vekil edeninin taşınmazını rayiç bedelin çok altında satmamalıdır.

Aldığı vekalet sonucu vekil edeninin taşınmazını kendi yakınına satmamalıdır.

Bu örnekler elimden bilirkişi olarak geçen davalarda ve Eraslan Özkaya'nın ve Feridun Müderrisoğlu'nun adları aşağıda yazılı eserinde yer almıştır.

Vekaletin kötüye kullanılması iddiası tanıkla ispat edilebilmektedir. Düşük bedelle satış

Dava dilekçelerinde şu mantık sırasına uyulmuyor: Çekişmenin kaynağı iş sahibinin avukatı vekil ataması ve vekilin iş sahibinin belli dava veya icra takibini açıp yürütmesidir. Önce bu ilişki dilekçede yazılmalı, davanın, icra takibinin nasıl yürütüldüğü ve sonuçlandırılıp,avukatlık üc-

retinin ödenmemesi ve bu nedenle nasıl azil edildiği ve iş sahibine karşı yapılan icra takibine nasıl haksız itiraz edildiği anlatılmalıdır. Çok kere bu sıraya uyulmuyor. İş sahibine yapılan icra takibine iş sahibinin itirazından başlanıyor. Dilekçenin sonraki bölümlerinde başa dönülüyor. Bu yanlıştır,yapılmamalıdır.

XXIII. Avukatlık Mesleğinde Nasıl Haraket Etmeliyiz?

Bilgili olmak zorundayız. Bunun için bol bol kitap almalı ve not çıkartarak bu kitapları özümsemeliyiz. **Her şeyden önce Avukatlık Kanunu'nu elimizden düşürmemeliyiz.**

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi üyesi Sayın Candaş İlgün'ün **Vekalet Ücreti Sözleşmesi** ve Karşıyaka Asliye Ceza Hakimi Sayın Murat Aydın'ın **Avukatlık Ücreti,** sayın avukat Atilla Özen'in **Avukatlık Hukuku** isimli eserleri bugün için geçerli uygulamayı anlatan eserlerdir.

VERGİ İHTİLAFLARINDA UZLAŞMA YÖNTEMİ

Av. Salih Gür ULAÇ

Uzlaşma, vergi ihtilaflarının idari çözüm yollarından biridir.

Vergi ihtilaflarının yargı makamları araya girmeksizin karşılıklı mutabakat ile çözümlenmesi olarak tanımlanabilir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu («VUK»)'nun gerekçesinde uzlaşma yönteminin getiriliş nedenleri aşağıdaki gibi sayılmıştır:

- Vergi ihtilaflarının süratle çözülmesi,
- Mükelleflerin tereddütlerinin bir an önce giderilmesi,
- Kamu alacağının vaktinde Hazine'ye aktarılması,
- Yargı mercilerinin iş yükünü hafifletmek,
- Avukatlık giderlerinin azaltılması.

Uzlaşma müessesi, VUK'un 3. bölümünde **EK Maddelerde,** 31.10.2011 tarih ve 28101 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan **Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği'nde** ve 03.02.1999 tarih ve 23600 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan **Uzlaşma Yönetmeliğ**iile düzenlenmiştir.

Uzlaşma müessesi tarhiyat öncesi uzlaşma ve tarhiyat sonrası uzlaşma olarak ikiye ayrılmaktadır.

Tarhiyat Öncesi Uzlaşma

VUK'un Ek 1. ve 11. maddesi uyarınca vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca yapılan vergi incelemesine dayanılarak tarh edilecek vergiler ve kesilecek cezalar (vergi ziyaı, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları) uzlaşma müessesine tabiidir.

VUK'un Kaçakçılık Suçları ve Cezaları başlıklı 359. maddesinde yazılı fiillerle vergi zıyaına sebebiyet verilmesi halinde tarh edilecek vergi ve kesilecek ceza ile bu fiillere iştirak edenlere kesilecek cezalar uzlaşmaya konu olamazlar.

Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği'nin 9. maddesi uyarınca vergi incelemesinin başlamasından inceleme ile ilgili son tutanağın düzenlenmesine kadar geçen süre içerisinde uzlaşma talebinde bulunulabilinir.

Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği'nin 8. maddesi uyarınca vergi incelemesi yapılan mükellefin ya da «uzlaşmaya başvurmaya yetkili» ibaresi bulunan noter tasdikli vekaletname ile vekil tarafından başvuru yapılabilinir. Başvuru yazılı yapılacaktır. Uzlaşma talebi ayrıca inceleme tutanağında da yer alıyorsa yazılı başvuru yapılmış sayılır.

Uzlaşma gününden en az 15 gün öncesinde uzlaşma günü mükellefe bildirilir veya inceleme tutanağına yazılır. Eğer inceleme harici bilgilerle mükellefin bilgisi dışında gerçekleştiriliyorsa idare tarafından uzlaşmaya davet edilebilir. Bu da uzlaşma gününden en az 15 gün önce tebliğ olunur.

Uzlaşma davetine uyulmaması halinde uzlaşma temin edilmemiş sayılır. Ancak tarhiyat öncesi uzlaşma isteyen mükellef uzlaşma öncesinde talebinden vazgeçerse mükellef uzlaşma istememiş gibi işlem tesis edilir.

Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği'nin 8. Maddesi uyarınca uzlaşma talebi, vergi incelemesini yapan inceleme elemanlarına veya bu elemanların bağlı bulunduğu ekip veya grup başkanlığına yazılı olarak yapılmalıdır. Ayrıca uzlaşma talebinin inceleme tutanağında yer alması da ilgili mercie yazılı başvuru yerine geçer.

Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği'nin 13. maddesi uyarınca yapılan incelemelere göre uzlaşmaya konu olacak vergi ve kesilmesi öngörülen ceza miktarı uzlaşma gününden en az 15 gün önce yetkili uzlaşma komisyonuna ve mükellefe bildirilir.

Uzlaşma komisyonları üyelerin tamamının katılımı ile toplanır ve çoğunlukla karar verirler.

Uzlaşma toplantısı mükellefin katılamayacak olması halinde başka bir güne ertelenebilir. Uygulamada İdare bu ertelemeyi birden fazla kez kabul etmeyeceğini belirtiyor.

Tarhiyat öncesi Uzlaşma Yönetmeliği'nin 15. maddesi uyarınca bağlı bulunduğu meslek odasından bir temsilci, SMM veya YMM ve «uzlaşmaya girmeye yetkili» ibaresini taşıyan bir noter onaylı vekaletname ile yetki verilmiş vekil görüşmelere girebilir.[1]

Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği'nin 16. maddesi uyarınca uzlaşma tutanağında;

- Mükellefin adı soyadı/unvanı ve adresi, bağlı olduğu vergi dairesi ve vergi kimlik numarası veya T.C. kimlik numarası,

1 Beşe Tayfun, Uzlaşmada Yapılan Değişiklikler ve Komisyonların Yetkileri, Yaklaşım Dergisi, Sayı 72, Aralık 1998, s.110

- İncelemenin konusu, dönemi, bulunan matrah farkı, tarh edilmesi öngörülen vergi tutarları,
- Üzerinde uzlaşılan vergi miktarı,
- Uzlaşılan ceza miktarı,
- İncelemeyi yapanın adı soyadı ve unvanı,
- Uzlaşılan miktar üzerinden, uzlaşma tutanağının imzalandığı tarihe kadar süre için VUK 112. madde uyarınca gecikme faizi hesaplanır.
- Uzlaşma sonrası ödeme zamanları
- Uzlaşmanın sağlanamaması halinde ise, uzlaşma komisyonunun teklif ettiği miktarlar tutanakta yer alır.

gibi hususların yanı sıra uzlaşma ile ilgili açıklamalar yer alır.

Mükellefin veya vekilin, uzlaşma komisyonunun davetine icabet etmemesi, uzlaşmaya geldiği halde uzlaşma tutanağını imzalamaması veya bu tutanağı ihtirazi kayıtla imzalamak istemesi hallerinde uzlaşma temin edilememiş sayılır.

Uzlaşma temin edilememiş veya uzlaşmaya varılamamış olması halinde, inceleme yapan bu hususu uzlaşma tutanağında veya düzenleyeceği inceleme raporunda belirtir ya da raporla birlikte göndereceği bir yazı ile vergi dairesine bildirir. Bu bildirim, vergi dairesine gönderilecek rapora uzlaşma tutanağının bir örneğinin eklenmesi suretiyle de yapılabilir.

Kısmi uzlaşma sağlanması halinde uzlaşılmayan matrah farkları için tarhiyat yapılır.

Uzlaşma tutanağı ile vergi inceleme raporunun vergi dairesine intikali üzerine, vergi dairesince yapılacak tarhiyatın dava açma süresinin son gününün mesai saati bitimine kadar komisyonun teklif ettiği miktarı kabul ettiğini belirten bir dilekçe ile vergi dairesine başvuran mükellefle, başvuru tarihi itibarıyla uzlaşma vaki olmuş sayılır ve buna göre işlem tesis edilir.

Tüm bu işlemler «uzlaşmaya girmeye yetkili» ibaresini taşıyan bir noter onaylı vekaletname ile yetki verilmiş vekil ile de gerçekleştirilebilinir.

Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği'nin 17. maddesi uyarınca Uzlaşma komisyonlarının, uzlaşma neticesinde düzenleyecekleri uzlaşma tutanakları kesindir. Üzerinde uzlaşılan veya tutanakla tespit edilen hususlar hakkında dava açılamaz ve hiçbir mercie şikâyette bulunulamaz.

Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği'nin 18. maddesi uyarınca Tarhiyat öncesi uzlaşma talebinde bulunulmuş ve fakat uzlaşma sağlanamamışsa; verginin tarhından ve cezanın kesilmesinden sonra tarhiyat sonrası uzlaşma talebinde bulunulamaz.

Uzlaşma vaki olduğu takdirde uzlaşma tutanağı düzenlenir ve ilgili vergi dairesine intikal ettirilir. Bu tutanak tahakkuk fişi yerine geçer. Uzlaşma tutanağı vergi ve cezaların ödeme zamanlarından önce ilgiliye tebliğ edilmişse kanuni ödeme zamanlarında; ödeme zamanları kısmen veya tamamen geçtikten sonra ilgiliye tebliğ edilmiş ise ödeme süreleri geçmiş olanlar uzlaşma tutanağının tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir.

VUK Ek Madde 7 uyarınca mükellef veya ceza muhatabı ancak uzlaşma vaki olmadığı takdirde dava açma yoluna gidebilir.

Mükellef veya ceza muhatabı aynı vergi veya ceza için uzlaşma talebinden önce dava açmışsa dava, uzlaşma işleminin sonuca bağlanmasından önce vergi mahkemelerince incelenmez.

Uzlaşmanın vaki olması halinde mükellef, üzerinde uzlaşılan vergi ve cezaya (bunlardan birisi üzerinde uzlaşılmış olsa dahi her ikisine); adına sadece ceza kesilmiş bulunan, üzerinde uzlaşılan işbu cezaya karşı dava açamaz.

Uzlaşmanın vaki olmaması halinde mükellef veya ceza muhatabı; tarh edilen vergiye veya kesilen cezaya, uzlaşmanın vaki olmadığına dair tutanağın kendisine tebliğinden itibaren genel hükümler dairesinde ve yetkili vergi mahkemesi nezdinde dava açabilir. Bu takdirde, dava açma müddeti bitmiş veya 15 günden az kalmış ise bu müddet tutanağın tebliği tarihinden itibaren 15 gün olarak uzar.

Tarhiyat Sonrası Uzlaşma

VUK'un Ek 1. maddesi uyarınca vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca yapılan vergi incelemesine dayanılarak tarh edilecek vergiler ve kesilecek cezalarının tahakkuk edecek miktarları konusunda kanun hükümlerine yeterince nüfus edememekten, VUK'un 369. maddesinde yazılı yanılmadan, VUK'un 116-117-118. maddelerinde yazılı vergi hataları ile bunlar dışındaki her türlü maddi hatalarda ya da yargı kararları ile vergi idaresi arasında ihtilaf konusu olayda görüş farklılıklarının olduğu iddia edilmesi durumunda idare ile mükellefler uzlaşabilir.

VUK'un Kaçakçılık Suçları ve Cezaları başlıklı 359. maddesinde yazılı fiillerle vergi zıyaına sebebiyet verilmesi halinde tarh edilecek vergi ve

kesilecek ceza ile Usulsüzlük ve Özel Usulsüzlük Cezaları ile bu fiillere iştirak edenlere kesilecek cezalar tarhiyat sonrası uzlaşmaya konu olamazlar.

Ancak yasal süresinden sonra verilen beyannameler ile VUK'un 371. maddesine göre pişmanlık talepli olarak kabul edilen ancak şartların ihlali nedeniyle kanuni süresinden sonra verilen beyanname olarak işleme tutulan beyannameler üzerinden tahakkuk ettirilen vergilere ilişkin olarak kesilen vergi ziyaı cezaları uzlaşma kapsamında yer almaktadır.[2]

Uzlaşma Yönetmeliği'nin 7. maddesinde uzlaşma talebinde bulunmaya yetkili olanlar; mükellef, noterden alınmış bir vekaletnameye dayanarak vekili, tüzel kişiler, küçükler ve kısıtlılarda ise bunların kanuni temsilcileri olarak belirtilmiştir.

Uzlaşma Yönetmeliği'nin 7. ve 9. maddelerine göre uzlaşma talebi, vergi/ceza ihbarnamesinin mükellefe tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 30 gün içinde yetkili uzlaşma komisyonuna veya mükellefin bağlı olduğu vergi dairesine dilekçe ile ya da taahhütlü olarak posta ile yapılacaktır.

Yapılacak uzlaşma başvurularında Uzlaşma Komisyonlarının uzlaşmaya konu miktarlara göre ayrılan çeşitli yetki sınırları bulunmaktadır. Bu komisyonların yetki sınırları Vergi Dairesi Başkanlığı kurulan yerler ve kurulmayan yerler için 352 Sıra Numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğ'inde ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Uzlaşma talebi, ihbarnamede yazılı vergi ve cezanın tamamı için yapılır. Tarhiyat sonrası uzlaşmada kısmi uzlaşma talebinde ancak tarhiyatların matrah farkı itibariyle bölünebilir olması halinde bulunulabilinir. Ancak uygulamada İdare bu başvuruları da genellikle reddetmektedir

Uzlaşma Yönetmeliği'nin 10. maddesi uyarınca talep komisyona intikal ettirilmeden sekretarya talebin uygun şekilde ve süresi içinde yapılıp yapılmadığını ve uzlaşma komisyonunun yetkisi içinde bulunup bulunmadığını inceler. Talebin bu incelemeden geçmesi halinde görüşmenin tarihi, yapılacağı yer ve saati komisyon sekretaryası tarafından yazı ile ve en az 15 gün önceden mükellefe bildirilir. Mükellefin istemesi halinde 15 günlük süreye bağlı kalınmaksızın daha önceki bir tarih, uzlaşma günü olarak belirlenebilir.

Uzlaşma Yönetmeliği'nin 10. maddesine göre mükellef, uzlaşma görüşmelerinde, bağlı olduğu meslek odasından bir temsilci ve SMMM ve YMM bulundurabilirler. Bu kişiler uzlaşma komisyonu toplantısına görüşlerini açıklamak üzere katılabilirler. Uzlaşma ile ilgili tutanaklara imza atamazlar.

---

2 Gelir İdaresi Başkanlığı, Vergi Uyuşmazlıklarının İdare İle Çözümünde Uzlaşma Rehberi, 2007

Ancak İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 2012/284 sayılı tamiminde "mükellef tarafından düzenlenen vekâletnamelerin noter onaylı olması, söz konusu vekâletnamelerde kendisini temsile yetkili kıldığı ve uzlaşmaya vekil tayin ettiği, avukat, SM, SMMM ve YMM veya mükelleflerin belirleyeceği herhangi birinin uzlaşmaya katılıp onlar adına uzlaşma tutanaklarına imza atacaklarına dair ibarenin bulunması durumunda mükellefler adına uzlaşma tutanaklarına belirtilen kişiler de imza atabilecektir." yönünde bir uygulamaya gidileceği belirtilmiştir.

İmzalanan tutanağın bir nüshası derhal mükellefe veya vekiline verilir, bir nüshası da üç gün içerisinde vergi dairesine gönderilir.

VUK'un Ek 1. maddesi uyarınca uzlaşmanın temin edilememesi halinde, aynı vergi için yeniden uzlaşma talebinde bulunulamaz. Aynı kanun maddesine göre, uzlaşmanın temin edilememesi halinde; uzlaşmanın vaki olmadığına dair tutanağa idarenin nihai teklifi yazılır. Ancak mükellef, dava açma süresinin son günü akşamına kadar komisyonun nihai teklifini kabul ettiğini bir dilekçe ile vergi dairesine bildirdiği takdirde bu tarih itibariyle uzlaşma vaki olmuş sayılır ve buna göre işlem tesis edilir.

VUK'un Ek 7. maddesi gereğince, uzlaşma talebinde bulunan mükellef, uzlaşma talep ettiği vergi ve vergi ziyaı cezası için ancak uzlaşma vaki olmadığı takdirde dava açma yoluna gidebilir.

Uzlaşmanın vaki olmaması halinde mükellef, uzlaşmanın sağlanamadığını gösteren tutanağın tebliğinden itibaren genel hükümler çerçevesinde yetkili vergi mahkemesi nezdinde dava açabilir. Bu durumda dava açma süresi bitmiş veya 15 günden az kalmış ise, bu süre tutanağın tebliğinden itibaren 15 gün olarak uzar.

Aynı vergi ve vergi ziyaı cezası için uzlaşma talebinin yanı sıra dava da açılmışsa, dava, uzlaşma işleminin sonuca bağlanmasından önce vergi mahkemelerince incelenmez, herhangi bir nedenle incelenir ve karara bağlanırsa bu karar hükümsüz sayılır.

VUK'un Ek 8. maddesine göre ise; uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, buna ilişkin düzenlenen uzlaşma tutanağı vergi ve cezaların ödeme zamanlarından önce mükellefe tebliğ olunmuşsa normal vade tarihlerinde, ödeme zamanları kısmen veya tamamen geçtikten sonra tebliğ olunmuşsa ödeme süreleri geçmiş olanlar uzlaşma tutanağının tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir.

Vade tarihinden uzlaşma tutanağının imzalanmasına kadar geçen süre için VUK 112. madde uyarınca gecikme faizi hesaplanır, uzlaşma tutanağındaki meblağ gecikme faizi ile birlikte tahsil edilir.

VUK'un Ek 9. Maddesine göre; uzlaşma talebinde bulunan mükellef, uzlaşma tutanağını imzalayıncaya kadar uzlaşma talebinden vazgeçtiğini beyan ederek kesilen cezalar için indirimden yararlanabilir. Aksi takdirde uzlaşma tutanağı imzalandıktan sonra söz konusu indirim hakkı ortadan kalkar.

VUK'un Ek 7. maddesine göre, uzlaşmaya konu tarhiyatlarda dava süresi uzlaşmanın vaki olmadığı tarihten itibaren 15 gün uzamaktadır. Buna göre, mükellefin kendisine bildirilecek uzlaşma toplantısı tarihinden itibaren 15 gün içerisinde tarhiyata karşı dava yoluna başvurma hakkı bulunduğuna göre, uzlaşma toplantısına katılmadan önce de dava yoluna başvurma hakkı saklıdır.

Nitekim bu husus, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 24.02.2006 tarih ve E.2005/331 K.2006/37 sayılı kararında, "*213 sayılı Vergi Usul Kanununun Ek 7. maddesinde, müddeti içinde uzlaşma talebinde bulunan mükellef veya ceza muhatabının uzlaşma talep ettiği vergi veya ceza için, ancak uzlaşma vaki olmadığı takdirde dava açma yoluna gidilebileceği, aynı vergi veya ceza için uzlaşma talebinden önce dava açmış ise davanın, uzlaşma işleminin sonuca bağlanmasından önce vergi mahkemelerince incelenemeyeceği, herhangi bir sebeple incelenir ve karara bağlanırsa bu kararın hükümsüz sayılacağı, uzlaşmanın vaki olmaması halinde mükellef veya ceza muhatabının tarh edilen vergiye veya kesilen cezaya uzlaşmanın vaki olmadığına dair tutanağın kendisine tebliğinden itibaren genel hükümlere göre dava açabileceği, bu takdirde dava açma müddedi bitmiş veya 15 günden az kalmış ise bu müddetin tutanağın tebliğinden itibaren 15 gün olarak uzayacağı düzenlemesine yer verilmiş, maddenin son fıkrasında da, uzlaşmanın vaki olmaması halinde ikinci fıkra uyarınca durdurulmuş olan davanın görülmesine, keyfiyetin vergi dairesinin bildirimi üzerine vergi mahkemesinde devam olunacağı öngörülmüştür. Anılan maddede, her ne kadar uzlaşmanın vaki olmaması halinde dava yoluna gidilebileceği öngörülmüş ise de, maddenin ikinci fıkrasında, uzlaşma talebinden önce davanın açılmış olması halinde mahkemenin izleyeceği yol hususunda düzenlemeye de yer verilmiş olması karşısında, uzlaşma talebinden önce dava açılmasına yasal bir engel bulunmadığı anlaşılmaktadır. Diğer yandan, maddede uzlaşmanın vaki olmaması halinde ilgililerce, 15 günlük ek süre içinde dava açılmasına imkan tanındığından, uzlaşmaya gidilmesine karşın sonucu beklenmeden dava açılamayacağının kabulü yasa koyucunun amacına da uygun olmayacaktır.(...) Uzlaşmanın vaki olmaması davacının vergi ve ceza ihbarnamelerinin tebliğiyle kazandığı hukuki durumunda bir değişiklik*

yaratmadığı gibi bu tutanağın tebliğinden itibaren 15 günlük ek süre içinde dava açılması da mümkün olduğundan, uzlaşma istemi karara bağlanmadan dava açılmış olması uyuşmazlığın esasının incelenmesine engel bir durum olarak değerlendirilemez." denilmek suretiyle açıkça kabul edilmiştir.

ESER ÜZERİNDEKİ MANEVİ HAKLAR

Fazıl Ahmet ODABAŞ

I.GENEL OLARAK MANEVÎ HAK KAVRAMI

Tanım ve Terminoloji

"Manevî hak", fikri mahsulün gayrimaddî nitelik arz eden yönünü ve eser ile onu meydana getiren arasındaki kişisel münasebeti ifade etmek için kullanılan bir hukukî terimdir. Manevî hak, eser sahibinin eserle olan manevî bağlarına ilişkin haktır. Burada eser sahibinin eserden beklediği ekonomik yararlar, eseri ekonomik açıdan değerlendirmeye ilişkin haklar söz konusu değildir. Ancak bundan, manevî hakkın ihlalinin sadece manevî zarara yol açacağı sonucuna varılmamalıdır. Örneğin: Eserde değişiklik yapmayı yasaklama hakkı bir manevî haktır. Eser sahibinin rızası dışında yapılan değişiklik esere olan ihtiyacı ve ilgiyi azaltmış, esere olan talepler azalmış ise bu manevî hakkın ihlali maddi zarara yol açmıştır.[1]

II. MANEVÎ HAKLARIN KAPSAMINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Yabancı Hukuk Düzenlemeleri

Manevî hak kapsamında eser sahibine tanınan yetkiler çeşitli ülke hukuk sistemlerinde farklılıklar göstermektedir. Bern Sözleşmesi[2] ise bu konuda asgarî bir yaklaşım benimsemektedir. Sözleşmenin Mükerrer 6'ncı maddesinin ilk bendinde "Eser sahibi, malî haklarından bağımsız olarak ve bu hakların devrinden sonda dahi eser üzerinde eser sahipliğini dermeyan etmek ve eserinin her türlü tahrifine, bozulmasına veya diğer değişikliklerine ya da şeref ve şöhretine zarar verebilecek her türlü küçük düşürücü fiillere karşı koymak hakkına sahiptir." Böylece Bern Sözleşmesinde eser sahibine, "manevî hak" olarak nitelendirilen haklar kapsamında iki temel yetkiye açıkça yer verilmiş bulunmaktadır. Bunlardan ilki "eser sahibi olarak kabul edilme yetkisi" (*the right to claim authorship*), ikicisi ise "eserin bütünlüğünün korunmasını talep etme yetkisi"dir (*the right to protect to intergrity of the work*).

Buna mukabil, Fransa, Almanya, İtalya ve İspanya gibi Kıta Avrupası ülkelerinin manevî haklarla ilgili hukukî düzenlemelerinde, Bern Sözleş-

---

1 Ahmet M. Kılıçoğlu, **"Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar"**, Ankara, Turhankitabevi, 2013, a.g.e., S. 260.

2 RG. 21.10.2003/25266.

mesinde öngörülen manevî haklara ilâve olarak en az iki hak türüne daha yer verildiği görülmektedir. Bunlar, eserin kamuya sunulması hakkı ve bunun doğal bir sonucu olarak da eseri yayımlamaktan vazgeçme, yani eseri kamuya sunmaktan cayma hakkıdır.

Gerçi Alman ve İtalyan Kanunlarında vazgeçme hakkı manevî haklarla ilgili bölüm kapsamında düzenlenmiş değildir. Ancak, her iki ülkede de eser sahibine bu hak tanınmış bulunmaktadır. İspanyol Hukukunda ise, diğer Kıta Avrupası ülkeleri hukuklarına nazaran daha geniş ölçekli bir manevî haklar rejimi benimsemiştir. Manevî haklar konusunda hala çekingen davranan *Common Law* ülkeleri bir yana bırakılacak olursa, bu hakların kapsamına ne tür yetkilerin dâhil olacağı konusunda Kıta Avrupası ülkelerinin hukuk sistemleri arasında tam bir paralellik bulunduğu iddia edilemez. Bununla beraber, Kıta Avrupası ülkelerinin hemen tamamının, manevî haklar konusunda Bern Sözleşmesinde yer alan "eser sahibi olarak kabul edilme" ve "eserin bütünlüğünün korunmasını isteme" haklarından oluşan minimum standartları benimsemiş oldukları söylenebilir. Bu ülkelerden bazıları, Belçika gibi, Bern Sözleşmesinin sadece mükerrer 6'ncı maddesinin, manevî haklarla ilgili olarak doğrudan iç hukuk yönünden de uygulanacağı hükmünü getirmişken Danimarka, İsveç ve Hollanda gibi ülkelerin de içinde bulunduğu bazı Kıta Avrupası ülkeleri ise, Sözleşmede yer alan bu iki tür manevî hakkı kendi ulusal hukuk düzenlemeleri kapsamında açıkça düzenleme konusu yapmışlardır.[3]

B. Manevi Hakların Türk Hukukunda Düzenlenişi

Türk hukukunda, eser üzerindeki hakkın "manevî" ve "malî" şeklinde yapılan ayrımına ilk kez 5846 sayılı Kanunla yer verilmiştir. Bu Kanundan önce yürürlükte olan Hakkı Telif Kanununda böyle bir ayrım yapılmamıştır. Hatta, Hakkı TelifKanununun manevî haklarla ilgili herhangi bir düzenleme ihtiva edip etmediği de şüphelidir. Çünkü Kanunda bu konuyla ilgili açık ve net hükümlere yer verilmiş değildir. Bu sebeple, o dönemde eser sahiplerinin manevî hakları kapsamında değerlendirilebilecek yetkileriyle ilgili olarak Hakkı Telif Kanununda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler, yani Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu hükümlerine göre koruma sağlanabileceği savunulmuştur.

5846 sayılı FSEK, Eser sahibinin manevî haklarını 14, 15, 16 ve 17'nci maddelerde tanzim etmiştir. Kanun, Bern Sözleşmesinde yer alan "eser sahibi olarak kabul edilme yetkisi" ile "eserin bütünlüğünün korunmasını talep yetkisi"ne ilave olarak "eserin umuma arz edilmesi" ve "esere erişim" yetkilerini, manevî haklara ilişkin hükümler kapsamında düzenleme konusu yapmıştır. Bunlardan başka, Kanun, manevî haklara iliş-

3 Ateş, a.g.e., S. 128.

kin hükümler arasında yer almasa da "cayma hakkını" da düzenlemiştir. FSEK 58'nci maddede düzenlenen "cayma hakkı", devredilen malî hakkın süresi içinde kullanılmamasından dolayı müracaat olunabilecek bir hak olarak öngörülmüş ise de, bu hak eser sahibinin manevî haklarından biri olarak kabul edilmekte ve bunun manevî hakları kullanma yetkisinin geri alınması hususundaki FSEK 14'üncü maddesinin III'üncü fıkrası hükmüne paralel bir hak olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Nitekim cayma hakkı 1987 tarihli İspanyol FSEK'in manevî hakları düzenleyen 17'nci maddesinde yedi bent halinde gösterilen haklar arasında açıkça zikredilmiştir.

Yukarıda da işaret edildiği üzere, Kanunumuz, Alman ve İsviçre Kanunları gibi monist bir yaklaşımla kaleme alınmıştır. Bunun sonucu olarak, eser üzerindeki haklar, ister ekonomik isterse kişiliğe ilişkin değer taşısın, bir bütün oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hem manevî hem de malî haklar, "eser sahipliği" denilen hukukî statüden doğan ve "fikrî hak" ya da "telif hakkı" olarak adlandırılan mutlak bir hakkın sağladığı çeşitli yetkilerden oluşur. Ancak, manevî haklar eser sahibinin kişiliği ile daha yakından ilgili olduğundan, bu hakların kullanılması, korunması, devredilmesi ve çeşitli tasarruflara konu edilmesi bakımından farklı bir rejime tabi tutulması gerekmiştir. Bu yüzden, Kanun koyucu, bu hakların kendisinin değil sadece "kullanılmalarının" devredilmesi ve miras yoluyla intikaline cevaz vermiştir. Kanunda manevî haklar için zaman bakımından açık bir sınırlama getirilmemiştir. Eser sahibinin kişiliğine bağlı haklardan olmaları nedeniyle, manevî hakların bizzat kullanılabilmesi için, kural olarak temyiz kudretine sahip olmak yeterlidir.[4]

C. Manevî Hakların Özellikleri

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında manevî haklar ile ilgili bir takım özellikleri şu şekilde sıralayabiliriz:

a.Manevî haklar sınırlı sayılıdırlar:

Manevi hakları FSEK'de öngörülenlerden ibrettir, yani sınırlıdırlar. Teknik gelişmeler sınırlı sayı ilkesinden dönülmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Eser sahibinin gerektiğinde kişilik hukukundan doğan haklara da dayanabileceği şüphesizdir. Ancak, kişilik hukukundan doğan haklar ile manevî hakların dogmatik yapılarındaki fark gözönünde alınınca, kişilik haklarına dayanma olanağının sınırlı sayı ilkesini bertaraf etmediği görülür.[5]

4 Ateş, a.g.e., S. 129.

5 Ünal, Tekinalp, **"Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku"**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, a.g.e. S. 162.

b.Manevi haklar miras yoluyla intikal etmezler, ölüme bağlı ya da sağlar arası işlemlere konu olmazlar:

Türk hukukunda-Alman Hukukunun aksine manevî hakları mirasla intikal etmezler. Ancak, FSEK m. 19'da düzenlendiği şekilde, manevî hakların bazıları eser sahibinin yakınları ve gerektiğinde Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından kullanılabilir. Burada eserin korunmasına bağlı olarak kanunî yetkilendirme söz konusudur, FSEK m. 19 ile manevî hakların - kendisinin değil fakat – kullanılması yetkisinin bu maddede öngörülen kişilere devredilebildiği ve mirasla geçtiği Arslanlı[6] tarafından savunulur. Arslanlı'nın bu görüşüne katılabilme imkânı yoktur. Çünkü, ölümle birlikte bu yetkilerim bazılarının kullanılması FSEK m. 19 (1)'de öngörülen kişilere mirasla geçmez, anılan kişiler, bir yetkinin kanunen sahibi olurlar. Mirası reddetseler de FSEK m. 19'daki haklarını korurlar.

Manevî haklar terekeye dâhil olmadıkları için bir esere saldırı olduğu takdirde mirasçıların, bu saldırının kaldırılması (tecavüzün ref'i), önlenmesi ya da tazminat davasını (FSEK m. 66 vd., 69, 70) açıp açamayacakları tartışmalıdır. Bazı yazarlar mirasçılara bu hakkı tanımazlar.[7]Bazıları da mirasçıların halef olarak, yani mirasçı oldukları için bu davaları ikame edebilecekleri görüşündedir.[8]Kanaatimce "yakınların hakkı teorisi"ne göre FSEK m. 19'da sayılan kişiler, aynı maddede öngörülen şartlar çerçevesinde hukuk davalarını açabilirler. Yakınların hakkı kuram, manevi hakların terekeye dâhil olduğu görüşüne dayanmamakta, yakınlara bağımsız bir hak bahşetmektedir.[9] Diğer yandan, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 11.12.1983 tarihli bir kararında mirasçıya, hatta malî hak sahibine bu hakkı tanımıştır.[10]

c.Manevî hak koruması süreyle sınırlı değildir:

Türk hukukunda manevî hakların korunması bir süre ile sınırlandırılmış değildir; malî haklar hakkındaki eser sahibinin ölümünden sonra yetmiş yıl hükmü (FSEK m.27) manevî haklara kıyasen uygulanmaz. Bu görüş desteğini fikir ve sanat eserleri kültür varlıkları olmalarında ve FSEK m. 19 (5)'te Kültür Bakanlığına tanınan yetkilerde bulur. Oysa İsviçre'de, Almanya'da, Avusturya'da manevî hakların koruma süresi mali hakların koruma süresi kadardır. Yani ölümden sonra 70 yıldır. Türkiye

6 Arslanlı (1954), 88, a.g.e., S. 71'den aktaran, Tekinalp, a.g.e., S. 162

7 Hirsch (1947), N, a.g.e, S. 302'den aktaran Tekinalp, a.g.e., S. 163.

8 Erel (2008), a.g.e., S. 284'den aktaran Tekinalp, a.g.e., S. 163.

9 Tekinalp, a.g.e., S. 163.

10 YHGK, T. 11.2.1983, E. 1981/4-70, K. 1983/123, (URL:www.kazanci.com), Erişim Tarihi: 10.1.2016

gibi Fransa, İspanya ve İtalya'da yakınların tükenmesinden sonra yetki resmi kuruluşa geçer.[11]

d. Malî hak sahiplerinin hakkı kullanması kural olarak mümkün değildir:

Eser sahibinin ölümünden sonra, manevî hakların bazılarının malî hakların sahipleri tarafından kullanılıp kullanılamayacağı tartışmalıdır. Ayiter[12], malî hakkı devralan kimsenin, eser sahibinin ölümünden sonra – bir ölçüde- bu yetkileri de haiz olması gerektiğini savunur. Yazara göre, malî hakkın devri, birçok halde manevî yetkinin kullanılmasını da kapsar. Meselâ, bir tiyatro eserinin temsili hakkının devri, bir romanın yayınlanma hakkının alınması, bunları kamuya sunmayı da içerir. Örnek, bir malî hakkın devrinin, manevî hakkın kullanılması yetkisini de içerip içermediği ile ilgilidir. Eser sahibi manevî haklarının kullanılması yetkisini devredebileceğine göre, örnekteki sorun kapsamı ile ilgilidir. Kanaatimizce, malî hak sahibi eserin değiştirilemeyeceğine ilişkin yetkiye de haiz olmalıdır.[13]

e. Devletin kullanma yetkisi ve sınırlı bireysel kullanım halleri de bu hakka istisna oluşturmaz.

f.Mimari eserler genellikle umuma açık yerlerde inşa edildiğinden, kamuya sunma daha baştan kullanılmış olmaktadır:

Bu bakımdan, mimarın manevî hakları, adın belirtilmesini isteme ve eserin bütünlüğünün bozulmasını önleme hakkından ibarettir.

Mimari eserlerde eser sahibinin adının belirtilmesi, yazılı istek koşuluna bağlanmıştır (FSEK 15.md.). Ayrıca mimar, eserde yapılan her değişikliğe karşı çıkamaz. Ancak mesleki onu ve itibarını yahut eserin içeriğini ve özelliğini bozan değişikliklere karşı çıkabilir.

g. Manevî haklardan sözleşmeyle önceden vazgeçme geçersizdir:

Manevî haklar tekelci nitelikte olup, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklardandır ve manevî haklar, eser sahibi hayattayken veya ölümünden sonrası için devredilemez, feragat edileme, hukukî işlemlerle sınırlandırılamaz.[14]

---

11 Tekinalp, a.g.e., S. 163.

12 Ayiter (1981), S. 200 vd.'den aktaran, Tekinalp, a.g.e., S. 163.

13 Tekinalp, a.g.e., S. 164.

14 İlhami Güneş, **"Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku"**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, a.g.e., S. 136.

III. MANEVÎ HAKKIN ESER SAHİBİNE BAHŞETTİĞİ YETKİLER

A. Eseri Kamuya Sunma (Umuma Arz) Hakkı

Eser sahibinin umuma arz hakkı FSEK 14. maddesinde düzenlenmiştir. Eseri umuma arz sunma eylemi, eserin niteliğine göre değişmekle beraber, sonuç olarak aleniyet kazanmasıdır. Kamuya sunma yayınlama, gösterilme, sergileme, sahneleme gibi eylemlerle; eser sahibinin şahsi çevresi dışında gerçekleşir. Eserin, eser sahibinin özel dünyasından çıkarak fikir ve sanat dünyasına mal olması ve fikrî hukuk tarafından korunur hale gelmesi ancak bu hakkın, kamuya arz hakkının kullanılmasıyla olanaklı olur. Eserin kamuya sunulmasında kura olarak bir şekil koşulu yoktur. Eserin umuma arz hakkına konu olabilmesi bitmiş olmasına bağlıdır. Öte yandan, tamamlanmamış bir eserin umuma arz edilmemesi eser sahibinin doğal bir tercihi olacaktır.[15]

Kamuya sunma; eserin, sahibinin kişisel çevresi dışına çıkmasıdır. Burada korunan, ilk sunumdur. Bu doğrultuda eser sahibinin örneğin tablolarını sergilemeden önce kendi kişisel çevresine tanıtması kamuya sunma sayılmaz. Bu hak münhasıran eser sahibine ait olup, şu yetkileri içermektedir: ***i)*** Kamuya sunulup sunulmayacağı, ***ii)*** Kamuya sunmanın zamanı ve ***iii)*** kamuya sunmanın tarzı (FSEK m.14/1).[16]

Aynı maddenin II. Fıkrası ise tamamen ya da kısmen alenileşmemiş ya da ana hatları henüz umuma tanıtılmamış eserin içeriği hakkında bilgi verme yetkisini eser sahibine tanımıştır.

Maddenin III. Fıkrası ise eser sahibinin bu yetkilerini yazılı izinle başkasına bıraktığında da umuma arz ya da yayımlanma tarzının eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleme yasağını koymuştur.[17]

Umuma arz, bizzat eser sahibince veya onun izniyle bir başkası tarafından kullanılması, eserin kendisinin gizli veya özel alanından çıkması sonucunu doğurur. Umuma arz edilmekle eser, kültürel iletişim ağına dâhil olmaktadır. Alenileşmeden önce sahibinin eseri üzerinde mevcut bulunan hâkimiyet olgusu, alenileşmeyle kanunun tanıdığı sınırlar içinde kullanılan bir mutlak hakka dönüşür. Umuma arz hakkı, eser sahibinin üçüncü şahıslara yöneltebileceği bir hak olmayıp, yasaklama hakkı içerir.[18]

---

15 Güneş, a.g.e., S. 139.

16 Sami Karahan, Cahit Suluk, Tahir Saraç, Temel Nal, a.g.e., S. 80.

17 Kılıçoğlu, a.g.e., S. 265.

18 Savaş Bozbel, **"Fikri Mülkiyet Hukuku"**, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2015, a.g.e., S. 102.

Umuma arz, bağımsız bir hak olmasına karşın, kullanılmak üzere sözleşmeye veya tasarruf işlemi ile bir başkasına bırakılabilir. Mali hakların devri, çoğu kez bunların umuma arz edilmeleri yetkisinin devrini de içerir. Özellikle yayım sözleşmelerinde, sahneleme sözleşmelerinde, yayın sözleşmelerinde böyle bir iznin zımnen verildiği kabul edilebilir.[19]

B.Eser Sahipliğinin Tanınmasını İsteme Hakkı

Bu yetki, yasanın 15. Maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna adın belirtilmesi ya da eser sahibi olarak tanıtılma yetkisi denilmektedir. Maddenin I. Fıkrasında genel olarak; II. Fıkrasında güzel sanat eserlerinden yapılan kopyalarda adın belirtilmesi yetkisi; III. Fıkrada adın belirtilmesine ilişkin tespit davası hakkı; IV. Fıkrada ise mimarlık eserlerinde adın yazılması hükme bağlanmıştır.[20]

Eser sahibi, eserinin sahibi olarak tanınma hakkına sahip olduğu gibi isterse adının eserinde belirtilmemesini de öngörebilir. FSEK 15. maddeye göre, "*Eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek salahiyeti münhasıran eser sahibine aittir*". Buna dayalı olarak bir başka eserden yararlanan eser sahipleri de alıntı yaptıkları eser için kaynak göstermek zorundadır.[21]

Adın belirtilmesi, eser sahibinin şahsi ve fikri çıkarları bakımından önem taşır. Bunun ekonomik bir önemi de vardır. Örneğin, eserin meydana getirdiği ilginin ardından eser sahibi yeni siparişler alabilir. Ayrıca bilimsel yayınlarda eser, sahibinin bilimsel kariyerinin ilerlemesini sağlar.

Bu nedenle yasa koyucu, kendi adı veya takma (müstear) adı ile yahut adsız olarak eserin umuma sunulması veya yayımlanması yetkisini eser sahibine tanımaktadır (FSEK m.15). Önemle belirtelim ki, eser sahibinin adının belirtilmesi için onun böyle bir talepte bulunması gerekmez. Aksını belirtilmemişse, eser sahibinin adı belirtilir. Eser takma ad ile veya isimsiz olarak yayımlandığında, eser sahibi dilediği zaman bu eserin kendisine ait olduğunu açıklayabilir. Ayrıca bir güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyalarla, bir işlenmesinin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerindeki adının nasıl belirtileceğine yine eser sahibi karar verir. Diğer yandan bu şekilde meydana getirilen eserin bir kopya veya işlenme olduğu açıkça belirtilmelidir (FSEK m.15/II). 1995 yılında yapılan yasa değişikliğine göre mimari eserler, yazılı istem üzerine eserin görünen bir yerine,

19 Bozbel, a.g.e., S. 102.

20 Kılıçoğlu, a.g.e., S. 268.

21 Güneş, a.g.e., S. 143.

eser sahibinin uygun göreceği malzemeyle ve silinmeyecek şekilde eser sahibinin adı yazılır (FSEK m.15IV). Adının belirtilmesini talep etme hakkı, mali hakların serbest kullanımı nedeni ile eser sahibinin izni olmaksızın kullanılabilen eserler için de geçerlidir (FSEK m.33, 34/IV, 35/II, 36/III ve 40/IV). Buna karşılık olayın özelliği ve durumun icabı gerektirmediği hallerde söz ve nutuk sahiplerinin adı anılmayabilir (FSEK m.32/II).

Benzer şekilde, umuma açık yerlerde sergilenen güzel sanat eserleri, eser sahiplerinin adı anılmaksızın teşhir edilebilir (FSEK m.40/IV).[22]

Eserde adın belirtilmesinin bazı önemli işlevleri bulunmaktadır. Bu sayede eserin kime ait olduğu anlaşılır ve eser sahipliği karinesi işletilir (FSEK 76/son madde). Öte yandan, eser sahipleri açısından ileride doğabilecek çekişmelerde ispat kolaylığı sağlanmaktadır. FSEK 32/I, II ve 40. maddelerde düzenlenmiş belli haller için istisna konmuştur. Birlikte eser sahipliği halinde, tüm eser sahiplerinin adı eserde gösterilir ve birlikten ayrılma olduğunda dahi ayrılanın hususiyeti eserde bulunduğu sürece isim hakkı devam edecektir.

Buna göre, eser sahibi adının gösterilmesi hakkını kullanmaktan açıkça vazgeçmemişse eserin kullanıldığı herhangi bir yerde adının belirtilmemesi manevî hakka tecavüzdür. Somut bir davada, bir müzik eseri beste ve söz yazarı olan davacının adı belirtilmeden sinema filminde kullanıldığında manevî hak ihlali kabul edilmiştir. Bu hallerde davacı eser sahibinin manevî tazminat talep hakkı bulunmaktadır.[23]

Eser üzerinde adın belirtilmesini isteme hakkı, sadece eser üzerinde değil, eserin her türlü kullanımı halinde de geçerlidir, kullanmanın mahiyeti ve kapsamı önem taşımaz. Eser üzerinde kullanım hakkı sahibi kimsenin, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eser sahipliğini göstere işareti değiştirme hakkı yoktur.[24]

C. Eserin Bütünlüğünü Koruma Hakkı

Fikir ve sanat eserleri, manevi haklara konu olmak bakımından eser sahibinin adı, eserin adı ve muhteva ile şekilden müteşekkil eserin kendisinden ibaret bir bütün teşkil eder. Bu bütünlüğün korunmasında, eser sahibinin manevi çıkarı bulunduğu açıktır.

Bern Sözleşmesinin mük. 6. maddesinde eser sahibinin, izni olmaksızın eserde değişiklik yapılmasına muhalefet etme hakkına sahip olduğu belirtilmiş, aynı husus FSEK md. 16'da da benzer biçimde dile getirilmiştir.

22 Karahan, Suluk, Saraç, Nal, a.g.e., S. 81.

23 Güneş, a.g.e., S. 144.

24 Bozbel, a.g.e., S. 107

FSEK md. 16'ya göre, "Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz." Fikir ve sanat eserleri, sahibinin hususiyetini yansıtır. Fakat eser sahibinin hususiyeti sadece eserin bütününde değil parçalarında ve ayrıntısında kendisini gösterir. Bu nedenle, esere eser sahibinden izin almaksızın müdahalede bulunulması, eserin sahibinin hususiyetini yitirmesine sebep olabileceği gibi; eserde yapılacak bazı değişiklikler, eser sahibinin ününü ve şerefini de zedeleyebilir. Bu nedenle, eserde değişiklik yapılması, ancak eser sahibinin izniyle mümkündür.

Yargıtay eserde değişiklik yapılmasına cevaz vermediği gibi, eseri bozar şekilde yorumlamayı da manevi hakkın ihlali saymıştır. Örneğin, "Çile Bülbülüm Çile" şarkısının usulüne uygun okunmaması, Yargıtay'ca eserde değişiklik olarak kabul edilmiştir.[25]

Eser sahibinin eserin mülkiyetine sahip kimseye karşı da eserin değiştirilmesini men yetkisi mevcuttur. Zira eser sahibinin hakkı öncelikli olup, mülkiyet hakkından üstündür.

Eser sahibi, eserin mali haklarını devrettiği kimselere eserde değişiklik yapılması yetkisini de tanıyabilir veya devredilen hakkın niteliği gereği eserde değişiklik yapılması zorunlu olabilir (FSEK md.16/2). Örneğin, sinemaya uyarlanması için izin verilen bir romanda değişiklik yapılması veya tercüme edilmesi için sözleşme yapılan eserde yapılacak değişiklikler, eser sahibinin manevi haklarına saldırı olarak kabul edilemez.

Ancak, yapılan değişiklikler eser sahibinin şeref ve haysiyetine saldırı teşkil ediyorsa, bu durumda eser sahibinin -daha önce değişikliğe kayıtsız şartsız izin vermiş olsa bile- eserin değiştirilmesini men hakkı mevcuttur. Buradaki men yetkisi, esere dolaylı her türlü müdahaleyi de men yetkisi verir. Mesela, şiirinin bir aşk şiirleri antolojisinde yayınlanması için anlaşma yapan şair, daha sonra şiirinin pornografik resimlerle bezenmiş bir kitaba konulduğunu öğrenirse, FSEK md. 16/3 hükmüne dayanarak eserin mahiyet ve hususiyetini bozan bu müdahalenin men'ini talep edebilir.

Eserde yapılan değişikliğin olumlu veya olumsuz olması da sonucu değiştirmeyecektir. Örneğin eserde yer alan çirkin bir görüntünün yapılacak değişiklikle giderilmesi, roman veya piyesteki acıklı sonun "happy end"e bağlanması vb. değişiklikler de ancak ve münhasıran eser sahibinin iznin bulunması durumunda mümkün olabilecektir. Bu tarz değişiklikleri eserin mülkiyetine sahip olan kişiler dahi yapamazlar.

---

25 Yargıtay HGK, T. 11.2.1983 E. 1981/4-70 K. 1983/123, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.12.2015

İmha ve tahrip de eseri değiştirme anlamına geldiğinden, yine sadece eser sahibine ait yetkiler olup, üçüncü kişilerce veya eserin mali haklarına sahip kişilerce gerçekleştirilmeleri ancak eser sahibinin iznine bağlı olarak mümkün olabilmektedir. Eserde değişiklik yapma yasağı, çoğaltılmış nüshalara ve hatta özel ve sınırlı sayıdaki basılara uygulanamaz.

Eser sahibi uzun süre ses çıkarmadığı takdirde, eserde değişiklik yapılmasını men yetkisine dayanması hakkın kötüye kullanılması (MK md. 2) teşkil edeceğinden, artık men yetkisini kullanamaz. Nitekim Yargıtay da, "Sessiz Kalmak Suretiyle Hak Kaybı" ilkesini FSEK kapsamındaki haklar açısından da kabul etmektedir:

"Sonuç olarak, somut olayın özelliği itibariyle davacının eserde izni olmadan ekleme ve değiştirme yapılamayacağı şeklindeki iddiası, yukarıda özetlenen duruma göre MK. 2/2 fıkrasında yazılı hakkın kötüye kullanılması olarak görüldüğünden kabul edilmemiştir." Mimari eserlerde ise, eserde değişiklik yapılmasını men yetkisi son derece kısıtlı olup, ancak mimarın şahsiyet hak ve menfaatlerinin ağır bir biçimde ihlali halinde söz konusu olabileceği kabul edilmelidir.

Bilgisayar programlarına gelince, bilgisayar programlarının bütünlüğünü koruma ve değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin tanınması, bu programların işlevselliğini önemli ölçüde sınırlandıracağından, bu yetkinin bilgisayar programını geliştiren eser sahibine verilemeyeceği veya önemli oranda sınırlandırılması gerekeceği kabul edilmektedir.

Kullanıcı yasal yoldan edindiği bilgisayar programında ihtiyaçlarına göre bazı değişiklikler yapabilmeli (upgrade) veya programdaki hataları ve kendine uymayan yönleri ortadan kaldırabilmelidir (debugging). Ancak, burada kullanıcıya tanınan hak da sonsuz olmayıp, eser sahibi ile geliştirdiği bilgisayar programı arasındaki manevi bağı zedelememeye özen gösterilmesi gerekir. Örneğin bilgisayar programının işlevini yerine getirmesi için zorunlu olmadığı halde bilgisayar programında değişiklik yapılması, eser sahibinin manevi hakkının ihlali olarak değerlendirilmelidir.

Nitekim Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuz da, 38. maddesinde eser sahibinin bu hakkına önemli bir sınırlama getirmiş ve bilgisayar programını hukuki yollardan edinen kişiye programdaki hataları düzeltme ve kullanılması için gerekli olması koşuluyla işleme hakkı tanımıştır.[26]

26 Zeki Delikaya, **"Genel Olarak Eser Sahibinin Eser Üzerindeki Manevi Hakları Ve Bilgisayar Programı Açısından Özellikler"**, http://www.karacabayer.av.tr/default.aspx?content=article2, Erişim Tarihi: 11.12.2015.

D.Eserin Aslına Ulaşma Hakkı

Eser sahibi, aslını elinde bulunduran malikten veya zilyetten, geçici bir süre için yararlanmak maksadıyla eseri talep edebilir.

Ulaşma hakkı, eser sahibine aittir (FSEK m.17/I). Bu hak sadece şu eserler bakımından kabul edilmiştir. ***i)*** Yağlı ve sulu boya tablolar, heykeller gibi 4. Maddenin birinci ve ikinci bentlerinde sayılan has güzel sanat eserler, ***ii)*** Roman ve şiir gibi 2. Maddenin birinci bendinde sayılan ve el yazısı ile yazılmış eserler, ***iii)*** El yazısı ile yazılmış musiki eserleri.[27]

Eseri meydana getiren ile eserin maddileştiği eşyanın malik ya da sahibi aynı kişiler olabileceği gibi, farklı kişiler de olabilir. Birçok fikir ve sanat eserinde genellikle eser sahibi ile eserin tecessüm ettiği maddî malın maliki farklı kişilerdir. Bu gibi hallerde, eser sahibinin bu sıfatından kaynaklanan hak ve yetkileri, kural olarak, mülkiyet hakkı başkasına ait olan eser üzerinde devam eder.[28]

Fikri ürün sabitlendiği şeyden farklı oluşum olarak cisimlenmeye rağmen soyut kalmaya devam eder. Örneğin, bir tabloda yer alan resmin tuval ve boyadan ibaret olmadığı, CD üzerine kaydedilmiş sinema filminin o plastik materyalden ayrıldığı gibi. Bu bakımdan, fikir ve sanat eserleri, üzerinde somutlaştıkları maddi maldan ayrı bir varlığa sahiptir. Böylece eserin bir başka kimsenin elinde olması, yaratıcısının eser sahipliğinden doğan hakları etkilemez. Eseri elinde bulunduran veya malik olanın hakları maddi eşyaya ilişkin olduğundan sözgelimi, tabloyu kamuya arz edemez, sergileyemez. FSEK 17/I ve 3 madde gereğince, eser sahibi, FSEK 4. maddenin 1 ve 2. bentlerinde sayılan güzel sanat eserlerinin, 2.maddenin 1. bendinde, 3. maddede yer alan eserlerin asıllarına geçici bir süre ulaşma ve kullanma hakkına sahiptir. Eser sahibi, eserin sabitlendiği eşyayı elinde bulunduran zilyede ve malike karşı esere ulaşma ve geçici bir süre kullanma hakkını iler sürebilir. Ancak eser sahibi bu hakkı kullanırken zilyedin veya malikin eserle ilgili koruma şartlarını yerine getirmeli, temin etmelidir (17/I md.).[29]

Belirtelim ki, esere ulaşma hakkı, eserin sahibinin menfaatlerinin ağır basması, zamanın uygun olmaması ya da başka haklı gerekçelerle reddedilebilir. Esere ulaşma hakkı, kanaatimizce, bizzat eser sahibi tarafından kullanılabilir. FSEK m. 18 ve 19'da gösterilen kimseler bu hakkı kulla-

27 Karahan, Suluk, Saraç, Nal, a.g.e., S. 84.

28 Ateş, a.g.e., S. 152.

29 Güneş, a.g.e., S. 148.

namazlar.[30] Ortak veya birlikte eser sahipliği halinde, bunlardan her biri eserin aslına ulaşma talebinde bulunabilir. [31]

E.Sergileme (Teşhir) Hakkı

Eser sahibi, kendisine ait tüm dönemleri kapsayan çalışma ve sergilerde kullanmak amacı ile tüm koruma şartlarını yerine getirerek, kullanım sonrası iade edilmek üzere, eseri malikte isteyebilir (FSEK m17/III).

Bu düzenleme ile eser sahibine güçlü bir hak tanımıştır. Eser sahibi ile malik arasındaki ilişki, bir çeşit ödünç verme (vedia) ilişkisi olarak nitelendirilebilir. Bu hakkın geçerli olabilmesi için her ola ayrı ayrı incelenmelidir. Örneğin, eser sahibi teşhir hakkını aylarca, hatta birkaç yıl sürecek sergileme turu için ya da yurt dışında yapılacak sergi için kullanmak isteyebilir. Bu halde malikin haklı gerekçeleri bulunuyorsa, bu talebi geri çevirebilir. İhtilafın mahkemeye intikali durumunda ise mahkeme, her iki tarafın çıkarlarını dengeleyici bir çözüme ulaşmalıdır.[32]

F. Eseri Tahrip Etmeyi Önleme Hakkı

Tahrip yasağı, 1995 yılında yapılan yasa değişikliği ile hukukumuzda düzenlenmiştir (FSEK m.17/II). Asıl malik, esere zarar veremez ve eseri tahrip edemez. Böylece malikin, eşya hukukundan doğan mülkiyet hakkında, eser sahibi lehine sınırlama getirilmiştir. Ancak bu kural mimari eserlerde sorun yaratabilmektedir.[33] Örneğin; bir mimarın, yapmış olduğu bina eser niteliğindedir. Ancak binada yaşayacak olan kişilerin, bina içerisinde yapmış oldukları zorunlu değişikliklere veyahut eskiyen dış cephenin başka bir renge boyanmasına eserin sahibi olan mimar karışamayacaktır. Çünküsöz konusu değişiklikler, binayı kullanan, orada yaşayan insanlar için elzem bir hal almıştır. Bu tip zorunlu değişiklikler tahrip niteliğinde olmayıp, binanın mimarın eseri olduğu gerçeğini değiştirmez. Tahrip, eserde değişiklik yapmanın başka bir türüdür. FSEK'in 17. maddesinin ikinci fıkrası ile koruma ve muhafaza yükümlülüğü getirilip getirilemeyeceği tartışılabilir.

Malik için geçerli olarak böyle bir yükümlülük, eser sahibinin haklarına zarar vermemek koşulu ifadesiyle ilişkilendirilebilir. Her somut olay kendi içinde değerlendirilebilir.[34]

---

30 Karşı görüş, Öztan, S. 343. Tekinalp, 14 Kn. 49. "Bu sonucu yazar, bu hakkın eser sahibinin kendisine tanınmış olduğunu ifade etmektedir", aktaran, Bozbel, a.g.e., S.112.

31 Bozbel, a.g.e., 112

32 Karahan, Suluk, Saraç, Nal, a.g.e., S. 84.

33 Karahan, Suluk, Saraç, Nal, a.g.e., S. 84.

34 Karahan, Suluk, Saraç, Nal, a.g.e., S. 84.

IV. HAKLARI KULLANABİLECEK KİŞİLER

Manevi haklar, eser sahibine sıkı sıkıya bağlı haklar olduğundan, münhasıran eser sahibine aittirler. Bu haklar sadece eser sahibi tarafından kullanılabilir. Ancak, manevi hakların münhasıran eser sahibine bağlı haklar olması bazı durumlarda eser sahibinin aleyhine sonuçlar doğurabileceğinden, bu hakların eser sahibince üçüncü kişilere kullandırılması mümkün olduğu gibi; aynı zamanda kanunumuz güvenilir kişiler olarak eser sahibinin yakınlarına, kendi haklarının korunması için gerektiği ölçüde mali hak sahiplerine ve kültür mirasının korunması için gerektiği takdirde de Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bu hakları kullanma yetkisi vermiştir.

Manevi haklar münhasıran eser sahibine bağlı haklar olduğundan, eser sahibinin ölümüyle bu hakların da sona ereceği genel olarak kabul edilmektedir.

Ancak bu temel ilke Kanunumuzda yumuşatılmıştır. Eser sahibi, sağken manevi hakları kullanma yetkisini üçüncü bir kişiye bırakabileceği gibi, ölüme bağlı bir tasarrufla da bu haklarının kullanılmasını (örneğin eseri yayma hakkını) üçüncü bir kişiye bırakabilir.

Eser sahibi, 14/1 ve 15/1. maddelerdeki Eseri Kamuya Sunma ve Adın Belirtilmesine ilişkin manevi hakların nasıl ve kim tarafından kullanılacağını, eğer ölümünden önce veya ölüme bağlı bir tasarrufla belirlememişse, bu haklar öncelikle vasiyeti tenfiz memuru tarafından kullanılır. Tenfiz memuru tayin edilmemişse, bu yetki sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mensup mirasçılarına; ana-babasına ve kardeşlerine aittir. Bu kişiler, bu hakları eser sahibinin yakınları sıfatıyla kullanırlar.

Eserin mali haklarından bir kısmını devralan kişiler de, yakınların sessiz kalması ve meşru bir menfaatlerini ispat etmek koşuluyla manevi hakları kullanabilirler.

V. HAKLARIN KULLANILMASINDA SÜRE

Manevi haklarda koruma süreleri bulunmayıp, koruma süreleri sadece mali hak sahipleri için öngörülmüştür. Manevi haklar, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olduğundan, ölümle sona ererler. Ancak Fikir ve Sanat eserleri açısından ölümle son bulma söz konusu olmayıp, ölümünden sonra manevi haklara vaki bir tecavüz halinde yakınların, mali hak sahiplerinin ve Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın bu hakları kullanması mümkündür.

Bern sözleşmesinin mükerrer 6. maddesinde de, eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakların en az mali hakların süresince korunacağı öngörülmüştür.[35]

35 Zeki Delikaya, **"Genel Olarak Eser Sahibinin Eser Üzerindeki Manevi Hakları Ve Bilgisayar Programı Açısından Özellikler"**, http://www.karacabayer.av.tr/default.aspx?content=article2, Erişim Tarihi: 11.12.2015.

VI. HAKLARIN KULLANILMASINDA BAŞVURU YOLLARI

HUKUK DAVALARI: FSEK'te fikri haklara saldırı halinde açılabilecek üç dava türü belirlenmiştir. Bunlar, tecavüzün ref'i davası, tecavüzün men'i davası ve tazminat davalarıdır.

TECAVÜZÜN REF'İ DAVASI:

Tecavüzün ref'i davası, tecavüzün devam ettiği süre içinde veya sonuç doğurmaya devam etmesi halinde açılır. Eğer tecavüz sona erdiyse, artık mevcut bir tecavüz bulunmadığından ref davası açılamaz. Tecavüz son bulmuşsa, dava amaçsız kalmıştır ve bu durumda açılması mümkün tek dava tazminat davasıdır. Eser sahibinin adının eserde belirtilmemesi veya yanlış belirtilmesi, eserin eser sahibinin izni dışında çoğaltılmış nüshalarının kamuya sunulması durumunda ve ayrıca eser üzerinde yapılmış değişikliklerin giderilmesi hususunda ref davası açılması mümkündür (FSEK md. 67).

Ancak bilgisayar programları açısından, FSEK 38. maddede getirilen istisna nedeniyle, eserde yapılan hata düzeltmesi eserin değiştirilmesi niteliğinde olmasına rağmen, yasadan kaynaklanan bir hak olduğundan ref davasına konu edilemez.

TECAVÜZÜN MEN'İ DAVASI:

Eğer tecavüz henüz başlamamış, fakat başlaması kuvvetle muhtemelse, eser sahibi tecavüzün men'ini talep edebilirler (FSEK md. 69). Aynı şekilde, tecavüz sona ermiş olmakla birlikte tekrar etmesi tehlikesi mevcut ise yine men davası açılması mümkündür. Tecavüzün men'i veya ref'i davalarının açılabilmesi için failin kusuru (kasıt veya ihmali) şart değildir. Ancak kusurun bulunması durumunda, eser sahibi ayrıca manevi tazminat davası da açabilecektir.

MANEVİ TAZMİNAT DAVASI:

Eser sahibinin manevi haklarından birine saldırılması durumunda, eser sahibinin veya hak sahiplerinin manevi tazminat davası açması da mümkündür. Manevi tazminat davası açılabilmesi için davalının kusurunun bulunması şarttır. Manevi hakları zarara uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminatın ödenmesi için dava açabilir. FSEK md. 70/1'de öngörülen manevi tazminat davası, BK md. 49'a paralel bir biçimde düzenlenmiş olup, burada korunan esere bağlı manevi haklardır. Manevi haklara tecavüz halinde, manevi tazminat davasını eseri yaratan kişi veya FSEK md.19'da belirtilen kişiler açabilir. Mirasçılara dahi bu hak tanınmıştır.[36]

36 Zeki Delikaya, **"Genel Olarak Eser Sahibinin Eser Üzerindeki Manevi Hakları Ve Bilgisayar Programı Açısından Özellikler"**, http://www.karacabayer.av.tr/default.aspx?content=article2, Erişim Tarihi: 11.12.2015.

VII. MANEVÎ HAKLARIN İHLÂLİ HALLERİ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, eser sahibinin manevî haklarını, Eseri Umuma Arz Yetkisi (m.14), Adın Belirtilmesi Yetkisi (m.15/I), Eserde Değişiklik Yapılmasını Menetme Yetkisi (m.16 ve m.17/II), Eser Sahibinin Zilyet ve Malike Karşı Hakları (m.17) başlıkları altında düzenlemiştir. Eser sahibinin haklarını bu şekilde belirten Kanun aynı zamanda bu hakların sınırsız olmadıklarını, kamu düzeni, kamu menfaati ve özel menfaat düşüncesiyle sınırlandırılabileceğini ancak 3.kişilerin buhakları kullanırken kaynak göstermelerinin zorunlu olduğunu belirtirken, bunlara aykırı hareketleri de manevî haklara tecavüz kabul ederek cezaî yaptırımlar altına almıştır.

a. Eseri Umuma Arz Yetkisinin İhlâli

Herhangi bir eser, sahibinin veya onun yetki verdiği kişinin rızası olmadan veya aksi yöndeki iradesine rağmen umuma arz edilecek olursa eser sahibinin FSEK m.14 ile düzenlenmiş olan manevî hakkı ihlâl edilmiş olur.

Henüz alenileşmemiş bir eser, sahibinin rızası olmaksızın veya arzusuna aykırı olarak umuma arz edilir, başka bir ifade ile kamuya sunulursa, FSEK m.67/I hükmüne göre tecavüzün ref'i davası açılabilir. Kanun bu imkânı ancak, kamuya sunmanın çoğaltılmış nüshaların yayımı yoluyla gerçekleşmesi halinde tanımıştır. Tekinalp, bu konuda çoğaltılmış nüshaların sadece yayımı yolu ile kamuya sunulmuş olmasını eser sahibi aleyhine yapılmış ve korsan yayıncılığa fırsat veren haksız bir sınırlama olarak kabul ederek, eserin çoğaltılma ve yayımlanma dışında örneğin sergilenme, seslendirme, temsil, radyo-televizyon ile yayınlanma vb. yollarla kamuya sunulması hallerinde de, tecavüzün ref'i davasının açılabileceğini kabul etmiştir.[37]

Alenileşmemiş bir eserin çoğaltılmış nüshaları (kasetler, CD'ler, kitaplar, vb.) hazırlanma aşamasında ya da hazır edilip depolarda bekletilme aşamasında ise, henüz herhangi bir yayın yapılmadığı ve dolayısı ile tecavüz gerçekleşmediği için tecavüzün ref'i davasına değil, tecavüz tehlikesi söz konusu olacağından -şartları varsa- tecavüzün men'i veya tazminat davasına konu olabilecektir.[38]

FSEK m. 14/II hükmüne göre, bütünü veya önemli bir kısmı alenileşmemiş olan ya da ana hatları her hangi bir şekilde henüz kamuya tanıtıl-

37 Atiye B. Uygur, **"Eser Sahibine Tanınan Haklara Getirilen Kısıtlamalar"**,- Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, a.g.e., S. 151.

38 Uygur, a.g.e., S. 151.

mamış olan bir eser hakkındasadece o eserin sahibi kamuya bilgi verebilir. Ancak, eser sahibinin izni dışında, yetkili olmayan bir kişi örneğin bir müzisyenin yeni çıkaracağı albümü hakkında kamuya çeşitli bilgiler verirse, bu durumda ref davası değil, yine şartları varsa tecavüzün men'i veya tazminat davası açılabilecektir.

Bir eserin umuma arz yetkisinin ihlâli, o eserden iktibas yapılmak suretiyle de gerçekleşebilir. Henüz kamuya sunulmamış bir eserden ancak ve ancak sahibinin açık izni ile iktibas yapılabilir. Böyle bir izin alınmadan, alenileşmemiş bir eserin belli bölüm ya da parçaları, başka bir eserde kullanılarak yayımlanıyor ise, hem yapılan iktibas hukuka aykırıdır, hem de bu yolla alenileşmemiş bir eser, sahibinin onayı olmadan, dolaylı da olsa umuma arz edilerek eser sahibinin hakkı ihlâl edilmiş olacaktır. Örneğin, bir araştırma görevlisinin, başka bir öğretim üyesinin hazırlamakta olduğu bir bilimsel eserin düzeltmelerine yardım ettikten sonra, o eserde yer alan bazı bölümleri izinsiz olarak kendi hazırladığı bir makalede aynen kullanarak yayımlaması halinde, açıkça intihal yapılmış ve hazırlık aşamasındaki eser dolaylı olarak umuma arz edilmiş olacaktır. Bu durumda, FSEK m.67/I gereğince tecavüzün ref'i davası – zarar doğmuş ise- tazminat davası açılabilecektir.

Böyle bir durumun iktibas serbestisi içinde değerlendirilebilmesi, -diğer koşullar gerçekleşmiş olsa bile- FSEK m.35'in açık hükmü nedeni ile mümkün değildir. İktibas serbestisini düzenleyen FSEK 35. madde, bu serbestiden yararlanmanın ilk koşulu olarak eserin kamuya sunulmuş olmasını yani, iktibas yolu ile yararlanılacak ilim, edebiyat ve güzel sanat eserlerinin alenileşmiş olması, müzik eserlerinin ise yayımlanmış olması gerektiğini açıkça hükme bağlamıştır.

b. Adın Belirtilmesi Yetkisinin İhlâli

FSEK m.15/I hükmü gereğince, eser sahibinin koruma altında olan manevî haklarından biri de, eseri kendi adı veya takma adı ile ya da adsız olarak, kamuya sunma veya yayımlama konusunda karar vermektir. Bu hakkın ihlâli değişik şekillerde karşımızaçıkabilir. Eser sahibi adının belirtilmesini istemediği halde adı esere konmuş olabileceği gibi, adının belirtilmesini istediği hallerde adı hiç belirtilmemiş, yanlış, eksik ya da karışıklığa neden olacak tarzda eserde yer almış olabilir.[39]

Yargıtay 11.HD tarafından, 1979 yılında incelenen bir olayda*"Davacı vekili, müvekkilinin davalılara ait Saklambaç gazetesinde senarist olarak çalıştığı esnada davalılara 7 adet fotoroman senaryosu sattığı-*

39 Uygur, a.g.e., S. 153.

nı, fotoromanlar neşredilirken Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na aykırı olarak fotoromanlara isminin, ihtarlara rağmen yazılmadığını....." iddia ederek açtığı davada, *"... FSEK m.15 uyarınca, dava konusu olan fotoromanların davalı şirket tarafından yayımlanması sırasında eser sahibi olarak davacının isminin de yazılması gerektiğini...."* açıkça belirtmiştir.

c. İktibas Serbestisinin Kötüye Kullanılması

Bir eser yaratılırken, başkalarına ait eserlerden iktibas yapmak, FSEK m.35 hükmü ile getirilen genel esaslara uyulmak kaydı ile mümkündür. Eser sahibinin haklarını, 3.kişiler lehine kısıtlayan en önemli nedenlerden birini oluşturan iktibas serbestisinin, Kanun tarafından getirilen sınırlamaların aşılarak kullanılması eser sahibinin haklarının ihlâl edilmesi anlamına gelir. Diğer bir ifade ile İktibas serbestisinin kötüye kullanılması, Erel'in ifadesi ile yolsuz iktibas, esasa ve şekle ilişkin şartlara uyulmadan iktibas yapılması, yararlanılan eserin sahibinin manevî haklarına saldırı olarak kabul edilip, cezalandırılmıştır.

İktibas serbestisinin, kaynak gösterilmesi ile ilgili olan şekli şartının *"....yanlış veya yetersiz kaynak gösterilmesi" ya da "....hiç kaynak gösterilmemesi"* yolu ile kötüye kullanılması hallerinde, FSEK m.67/II hükmüne gönderme yapılarak, eser sahibine, eser sahipliğinin tespiti davasının yanı sıra, tecavüzün ref'i davasını da açma hakkını tanımıştır.

(FSEK m.67/III). Dolayısı ile, FSEK m.67/II de hükme bağlanmış olan sonuçlar, iktibas serbestisinin bu şekilde kötüye kullanılması halleri içinde söz konusu olacaktır.

Bu düzenleme doğrultusunda, nutukların yayımında (FSEK m.32), yayımlanmış bir eserin eğitim ve öğretim amacıyla kâr amacı olmaksızın temsilinde (FSEK m.33), eğitim ve öğretim amacına özgülenmiş seçme ve toplama eser oluşturulmasında (FSEK m.34), Kanunun düzenlediği iktibas serbestisinde (FSEK m.35), basın iktibaslarında (FSEK m.36, m37), güzel sanat eserlerini kopya ve teşhir serbestisinde (FSEK m.40), eser sahibinin adı veya yapılan iktibasın kaynağı veya her ikisi yanlış ve yetersiz belirtilmiş yahut hiç belirtilmemişse, tecavüzün ref'i davası açılabilir.[40]

d. Eserde İzinsiz Değişiklik Yapılması

FSEK m.15 hükmü gereğince, işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği açısından zorunlu olması dışında, eser üzerinde değişiklik yapma eser sahibinin izni olmadan yapılamaz. Aksi halde eser sahibinin manevî hakkı ihlâl edilmiş olacaktır. [41]

40 Uygur, a.g.e., S. 158.

41 Uygur, a.g.e., S. 159.

Yargıtay, 1978 yılında vermiş olduğu bir kararında; "Eser sahibinin veya kanunun öngördüğü istisnalar dışında, şiirlerin değiştirilerek veya yazarı gösterilmeden yayımlanması FSEK'na aykırılık teşkil eder" hükmünü vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda görüşülen ve incelediğimiz konuların birkaç başlığını birden içinde barındıran bir olay; Türk sanat müziğine ait bir eserin öncelikle izin alınmadan, daha sonra ise, televizyonda, değiştirilerek icra edilmesi karşısında, ilgili malî hak sahibinin (bağlantılı manevî hakları da kullanılabileceği görüşü doğrultusunda), *"....manevi tazminat, program kayıtlarının yok edilmesi, hükmün tam metninin günlük bir gazetede yayımlanması..."* talebi ile ilgilidir. YHGK, yapılmış olan incelemeden, eserin gerçekten bozucu tarzda icra edilip bu yolla değiştirilip değiştirilmediğinin anlaşılmadığı gerekçesi ile, dosyayı Özel daireye gönderme kararı almıştır.

FSEK m.67/IV hüküm, eserde izinsiz değişiklik yapılması durumunda, eser sahibinin tecavüzün ref'i davası açarak, eserin türüne göre ne tür taleplerde bulunabileceğini ayrı ayrı düzenlemiştir.[42]

SONUÇ

Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku alanında "Eser Sahibinin Manevî Hakları" konusunda yapılmış olan söz konusu çalışmada, doktrindeki farklı görüşlere yer verilerek, ilgili tartışmalar tek bir potada eritilmeye çalışılmıştır. Manevî haklar konusunun kanımızca en ehemmiyetli yanı; yaşayan bir varlık olan insanın, yaşadığı sürece sahip olduğu tüm hakların öldükten sonra son bulurken, eser sahibinin eseri üzerindeki manevî hakları ölümünden sonra da devam etmesidir. Ayrıca çeşitli ve gelişmiş hukuk sistemlerinde bireyler en vazgeçilmez olarak düşünülen "Yaşam Hakkından" dahi vazgeçebilirlerken eser sahibi, eseri üzerindeki yukarıda detayları ile açıklanmış olan haklarından vazgeçememekte, feragat edememekte veyahut söz konusu haklarını devredememektedir. Sonuç olarak yapılan çalışmayla doktrinde geniş bir yelpazede işlenen Manevî Haklar konusunda, bütün detaylara değinilerek özet bir eser meydana getirilmeye çalışılmıştır.

42 Uygur, a.g.e., S. 159.

KAYNAKÇA

- Güneş, İlhami, **"Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku",** 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Bozbel, Savaş,**"Fikri Mülkiyet Hukuku"**, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2015.
- Ünal, Tekinalp, **"Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku"**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet, **"Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar",** Ankara, Turhan-kitabevi, 2013.
- Ateş, Mustafa, **"Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamın ve Sınırlandırılması"**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Karahan, Sami / Suluk, Cahit / Saraç, Tahir / Nal, Temel, **"Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları",** 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Öztunalı, Duygu, "**Eser Sahibinin Manevi Hakları**", Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE, 2010.
- Uygur, B. Atiye, **"Eser Sahibine Tanınan Haklara Getirilen Kısıtlamalar"**,Yüksek Lisa ns Tezi, Ankara, 2004.
- Merdivan, Fethi,**"Manevi Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması ve Yakınların Dava Hakkı (Konuyla İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)",** Makale, Ankara, 2014.
- Delikaya, Zeki, **"Genel Olarak Eser Sahibinin Eser Üzerindeki Manevi Hakları Ve Bilgisayar Programı Açısından Özellikler"**, URL: http://www.karacabayer.av.tr/default.aspx?content=article2, Yayınlanma Tarihi: 26.09.2009, Erişim Tarihi: 11.12.2015.

ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİKLER

Av. Selva KARCI SELEN

GİRİŞ

Aşağıda ayrıntılı biçimde incelenecek olan çalışma kapsamında, işçinin çalışma koşullarının esaslı biçimde değiştirilmesi hususu üç bölümde sunulacaktır. İlk bölümde, iş sözleşmesi kavramı genel kapsamda incelenecek, ikinci bölümde iş sözleşmesinin değiştirilebilirliği, işverenin iş sözleşmesi çerçevesinde ve yönetim hakkı kapsamında hangi hususların değiştirilip hangi hususların işçiye öneri olarak sunulması gerektiği incelenecek, üçüncü bölümde ise önerinin sunulmasında işveren tarafından gözetilecek usul kuralları, işçi tarafından yanıt verilmesi sırasında dikkat edilecek usuller belirtilecektir. Son olarak ise Yargıtay kararları incelenecek, bu kapsamda uygulamadan örnekler verilecektir.

I. İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

22.05.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, kendinden önce yürürlükte bulunan 25.08.1971 tarihli 1475 sayılı İş Kanunu'na nazaran birçok farklılık getirmiştir. Bu farklılıklar, modern hayatta iş gücünün önemi ile eşdeğer olarak değerinin de artması sebebiyle zorunluluk olarak doğmuştur.

Bununla birlikte, tarih perdesinde gitgide köle olmaktan uzaklaşan çalışan insanın, birtakım politikalar ile ister istemez modern köleliğe yaklaşmasının engellenmesi de zaruri hale gelmiştir. Bu sebeplerle tüm dünyada değişen iş, iş gücü, iş gücünün değeri ve insan hakları gibi kavramların yeniden irdelenmesi ve değerlendirilmesi ülkemizde de bir mecburiyet haline gelmiştir.

Ne var ki, tüm bu gelişmelerin yanı sıra işçinin işverenden sürekli olarak kollanması amacı ve telaşı bireyselleştirilmiş iş sözleşmesi kavramından da bizleri uzaklaştırmıştır. Bu sebeple Borçlar Hukuku kapsamında olduğu gibi, İş Hukuku'nda da sözleşme serbestisi ilkesi benimsenmiştir. *Sözleşme Serbestîsi İlkesi* ile kanun, tüzük ve yönetmelikler, toplu iş sözleşmesi hükümleri, işyeri iç yönetmelikleri ve işyeri uygulamaları kapsamında neredeyse matbu hale gelmiş iş sözleşmesinin bireyselleştirilmesine olanak tanınmıştır. Birbirinden farklı iş görme edimlerinin

oluştuğu günümüz iş dünyasında, bu sayede farklı ve bireyselleştirilmiş iş sözleşmelerinin bulunması, işçinin belki de her zamankinden daha fazla kollanması gerekliliğini getirmektedir.

Bu sebeplerle, 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun, 1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak getirdiği en önemli düzenlemelerden biri şüphesizdir ki *iş güvencesidir.* Bu güvence kapsamına giren iş ilişkilerinde fesih serbestîsi olanağı sınırlanmış, geçerli neden, ispat yükü ve tazminat gibi işçiyi koruyan terimler bu kanun kapsamında yeniden tartışılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesinde *"Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması"* hususu ile iş güvencesi kavramı incelenmiş olup, ilgili madde uyarınca belirlenen niteliği haiz işyerlerinde çalışan kişiler iş güvencesi kapsamında değerlendirilmiştir.

"Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. (...) İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir."

Bir işçinin iş güvencesine sahip olabilmesi için İş Kanunu çerçevesinde işçinin;

En az 6 (altı) aylık kıdeminin bulunması,

İş Kanunu veya Basın İş Kanunu'na tabi olması,

İşçinin çalıştığı işyerinde otuz veya daha fazla işçinin çalışması. Burada belirtilen sayı, kanunun lafzı sebebiyle tek bir işyerine ait gibi görünse dahi, bahsi geçen işyeri ile organik bir bağ taşıyan, işverene ait aynı işkolunda başka bir işyerinde çalışan işçilerin sayısı ile birlikte değerlendirilmektedir. Bu işyerinin farklı bir ilde olması uygulamayı değiştirmemektedir. Zaten, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 13.03.2006 tarihli, 2006/3849 Esas, 2006/6125 Karar sayılı kararı uyarınca; *"Belediyenin ilaçlama işyerinde çalışan işçinin iş sözleşmesi feshedilmiş ve işe iade davası açılmıştır. Yüksek Mahkeme 30 işçi sayısı ile ilgili olarak görüş oluştururken, belediye tarafından verilen hizmetlerin 28 numaralı genel iş koluna girdiğini, davalının tüm işyerlerindeki yapılan işlerin genel işkolunda olduğunu, bu nedenle sadece ilaçlama işyerindeki işçi*

sayısının değil, davalıya ait tüm işyerindeki işçilerin 30 işçi kriteri bakımından dikkate alınması gerektiğine" kararı alınmıştır.

Belirli konumda çalışan işveren vekili olmaması ve son olarak

Belirsiz süreli iş akdinin işverence feshedilmiş olması gerekmektedir.

İş güvencesine sahip bir işçiye, belirlenen sebepler dışında doğrudan iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği bir çalışma hayatı, fesih öncesinde kendisine tanınan savunma hakkı, işten çıkartılmasını zorlaştıran son çare ilkesi, fesih sonrasında kendisine birtakım hakların tanınması sonucunu doğuran fesihte geçerli neden ve haklı neden ayrımı, feshe dair usuller, fesih sonrasında dava açma hakkı ve işe iade gibi birçok güvence tanınmıştır.

2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun, 1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak getirdiği başka bir önemli düzenleme de "Değişiklik Feshi" adı da verilen, işçinin kendi iş sözleşmesinde yapılan değişiklere ilişkin olarak kendisine söz hakkı verilen çalışma koşullarında esaslı değişiklik hususudur. Prof. Dr. Sarper Süzek'in kaleme almış olduğu İş Hukuku[1] isimli kitapta, yeni iş kanunu çerçevesinde getirilen değişikliğin "Alman İşçileri Feshe Karşı Koruma Kanunu" (Kündigungsshutzgesets) çerçevesinde getirilen değişikliğe benzediği belirtilmiştir.

Değişiklik feshi, basit bir biçimde işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması halinde, ilgili değişikliğin işçiye bir talep olarak değil bir teklif, bir öneri olarak sunulması hali olarak tanımlanabilir. Türk Hukuku'nda *çalışma koşulunu seçebilme hakkının* işverenden alınarak işçiye verilmesi, çalışma hayatında bundan böyle iş gücüne değer verilmesi anlamını taşıdığından, işçiye verilen şüphesiz en önemli hak olarak değerlendirilmeyi hak etmektedir.

Yeni kanun uyarınca yapılan düzenlemeler öncesinde, 1971 tarihli 1475 sayılı Kanun çerçevesinde, işçi aleyhine yapılan değişiklik teklifi açık veya örtülü olarak işçi tarafından kabul edilebiliyor veya işçi tarafından haklı nedenle iş akdini feshetme nedeni olarak gösterilebiliyordu. Bununla birlikte, kıdem tazminatına hak kazanan işçi, istifa etmiş sayıldığından ihbar tazminatını alamıyordu.

Bununla birlikte, 4857 sayılı Kanun kapsamında çalışma koşullarında esaslı değişiklik teklifinin işçi tarafından kabul edilmemesi veya teklife yanıt verilmemesi halinde, işveren ya bahsi geçen teklifi geri almak, ya da iş sözleşmesini feshetmek hakkını haiz olmaktadır. Kısa süre düşünül-

1 Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Basım Yayın, 5. Baskı, İstanbul, 2009, s. 596

düğünde işçi aleyhine gibi görülebilecek bu uygulama esasında işçi lehine olduğu görülecektir.

Bunun sebebi ise, değişiklik teklifini kabul etmeyen işçi, iş sözleşmesi ileride incelenecek birtakım hususları içermemesine rağmen feshedildiği ise, iş akdi işverence feshedilmiş olsa idi sahip olacağı işe iade, feshin geçersizliği ve benzeri tüm hakları haiz olacaktır.

II. İŞ SÖZLEŞMESİ'NİN DEĞİŞTİRİLEBİLİRLİĞİ

"İş sözleşmesinin yapılmasını takiben tarafların çalışma koşullarını anlaşmak suretiyle ihtiyaçlarına göre değiştirmesi her zaman mümkündür."[2]

İş sözleşmeleri; belli bir işin yapılmasını isteyen işveren ile söz konusu ihtiyaçları karşılayabileceğine inandığı işçi arasında akdedilir. Bu durumda kanun koyucu, nitelik ve ekonomik açıdan daha korunmasız olarak addolunabilecek olan işçiyi korumayı amaçladığından, günümüz dinamik iş dünyasında çabuk değişebilecek koşullara ayak uydurulması gerektiğinin de farkındadır. Bu sebeple, değişen koşullara göre işçinin de değişmesi değil, sözleşmenin değiştirilmesi uygun görülmüştür. Bununla birlikte, yapılan değişikliğin geriye yönelik olmayacağı da aşikârdır. (m.22/2) Değişikliklerin geriye uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir seçim hakkı, hükmün emredici olması sebebiyle bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, bir kısım yazar, işçi lehine yapılan değişikliklerde, değişikliğin de niteliği mümkün kılıyorsa, değişikliğin geriye etkili olacağına yer vermiştir.

"Bununla birlikte, Kanunun lafzının değil de bu emredici hükmün de yer aldığı md.22'deki düzenlemenin vazediliş amacı dikkate alındığında eşçi lehine olmak ve maddeten mümkün olmak kaydı ile çalışma koşullarındaki değişikliklerin, geçmişe etkili bir şekilde yürürlüğe konulabileceği kabul edilmelidir."[3]

1. 1475 Sayılı Kanun Çerçevesinde Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik

1475 sayılı kanun çerçevesinde *iş sözleşmesi* hususu ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişti. Bununla birlikte hizmet akdine ilişkin bir tanım *işçi* kavramı açıklanırken tanımlanmıştı. İş Kanunun ilgili maddesi uyarınca, *"Bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücretli çalışan kişiye işçi denir."*şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş olup,

2 Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, İş Hukuku, s.299

3 Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, İş Hukuku, S.299

Borçlar Kanunu kapsamında ise hizmet akdine ilişkin *"Hizmet akdi bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder."*- tanımı yapılmıştır.

Esaslı değişiklik kavramı, kanunun ilgili maddesi çerçevesinde iş şartlarının esaslı biçimde değiştiği, başkalaştığı veya taahhüt edilen şartların uygulanmaması halinde iş sözleşmesinde başkaca bir hüküm olmaması halinde işçi tarafından haklı neden ile fesih ile sonuçlanabiliyordu. Bunun sebebi ilgili maddenin, işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenlemekte oluşu idi. Bu kanun çerçevesinde toplu iş sözleşmesi ve personel sözleşmesi gibi anlaşmalar ile değişikliğe ilişkin itirazlar ortadan kaldırılabiliyordu. Örneğin işçinin farklı nevi işleri veya farklı şehirdeki işleri önceden kabul etmesi sağlanabiliyordu.

Bu dönemde verilen Yargıtay kararlarında işçinin yeni çalışma şartlarını kabul etmemesi veya hiç yanıt vermemesi halinde iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılmasına ve kıdem tazminatının hak edilmiş sayılmasına karar vermekteydi. Bu kararlarda genel olarak yapılacak değişikliğin işçinin aleyhine olup olmadığı ve hâlihazırda yapılan iş ile değişiklik sonrasında işçinin yapması istenilen iş arasında herhangi bir düşüklük olup olmadığının irdelenmesi göze çarpmaktadır. Çalışma koşullarının başkalaşması halinde ise bildirimsiz fesih hakkının kullanıldığı ve ihbar tazminatına hükmedilmeksizin yalnızca kıdem tazminatına karar verildiği görülmektedir. Örneğin, davacı mevsimlik işçi olarak çalışmakta iken ağır işlerde çalışamayacağını gösterir raporunu ibraz etmiş, bunun üzerine işçi işveren tarafından bekçi olarak görevlendirilmiştir. Bu durumda işçinin "işin başkalaşması" iddiasıyla işe başlamaması, işçinin iş akdinin feshi anlamına geldiği belirtilmiş ve yalnızca kıdem tazminatına hükmedilmiştir.

1. 4857 Sayılı Kanun Çerçevesinde Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik

2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, bir önceki kanun gibi Borçlar Kanunu'nun yanı sıra Medeni Kanun'u da temel almıştır. Medeni Kanunu'nun *"Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz"* maddesi uyarınca sözleşme serbestîsini dürüstlük kuralları ile sınırlandırmıştır. Bunun yanı sıra Borçlar Kanunu'nun "Butlan" başlığını taşıyan 20. Maddesi uyarınca ise *"Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır. Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur. Fakat*

bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczup bulunduğu takdirde, akitler tamamiyle batıl addolunur. Taraflar karşılıklı mutabık kalmak şartıyla çalışma koşulları her zaman değiştirilebilirler." hususu düzenlenmiş olmakla birlikte iş akdi içerisinde yer alan düzenlemelerin değiştirilmesi halinde ilgili değişikliğin kanuna ve ahlaka aykırı olmaması gerektiği de açıktır.

Hukuk Genel Kurulu'nun 11.10.2006 tarihli ve 2006/9-613 Esas sayılı kararı ile çalışma koşulları aşağıdaki biçimde tanımlanmıştır:

"(...) çalışma koşulları iş görme ediminin ifa edileceği, iş ilişkisinin tabi olduğu tüm koşulları ifade eder. İşin ifa yeri, ifa zamanı, çalışma süreleri, yıllık ücretli izin süreleri gibi işin ifa sürecine ilişkin hususlar çalışma koşullarını oluştururlar. (...) Çalışma koşullarının hukuki temelleri; Anayasa, yasa hükümleri, toplu iş sözleşmesi işverenin yönetim hakkıdır. Taraflar yapacakları değişiklik sözleşmesi ile emredici yasa hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla çalışma koşullarında değişiklik gerçekleştirebilirler. İşveren yönetim hakkı aracılığıyla işçinin edimini tür, yer ve zaman olarak şekillendirebilir."

Bu bağlamda, çalışma koşullarının iş ilişkisine dair tüm koşullar olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda, işin ifa yerinden, işin ifa sürecine kadar tüm durumlar çalışma koşulları içerisinde sayılmıştır. Kararda, çalışma koşullarının işveren tarafından değiştirilebileceği belirtilmiştir.

Bahsi geçen kanun kapsamında amaçlanan; iş sözleşmesinin devamı yönündedir. "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Ve İş Sözleşmesinin Feshi" başlığını taşıyan 22. Maddenin 2. bendi uyarınca "*Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz."*hususu düzenlenmiştir. Kanun koyucu, işçinin işine ilişkin olarak olumsuz koşulların oluşması halinde iş akdinin feshi yerine iş sözleşmesinin devam etmesi arzulamaktadır.

III. ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİ

1. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Nedir?

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik, 4857 İş Kanunu'nun 22. Maddesinde "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve İş Sözleşmesi'nin Feshi" başlığı altında düzenlenmiştir.

"Madde 22 - İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak du-

rumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir.

Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz."

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik, temel olarak işçinin iş sözleşmesi veya ayrılmaz parçası olan ekleri tarafından belirlenen hususlarda değişiklik yapılması olarak tanımlanmıştır. İşin niteliğine, çalışma koşullarına, ücrete veya işyerine ilişkin olarak yapılması planlanan değişiklikler esaslı değişiklik olarak tanımlanmaktadır.

İş sözleşmelerinin ekinde; genelde işçinin mesleği ve çalıştığı yerin niteliği, kurumsallığı gibi nedenlerle değişebilen toplu iş sözleşmeleri, internet kullanımına dair ve sosyal medyaya yapılan açıklamaların sınırlarını da belirleyen *personel yönetmeliği* niteliğini haiz başka sözleşmeler de yer almaktadır. Tüm bu iş sözleşmeleri ve iş sözleşme ekleri bir işçinin çalışma koşullarını oluşturmaktadır.

Gerek İş Hukuku, gerek diğer hukuk dalları, gerekse de işçinin kendisi açısından çalışma koşullarının tanımlanabilmesi son derece önemlidir. Bu sebeple Türk Hukuku; yalnızca yazılı değil, yazılı olmayan kaynaklar ile de çalışma koşulları tanımının irdelenmesini sağlamıştır. Ahde vefa ilkesi uyarınca da, aksi amaçlanmadıkça işçi ile akdedilen bir sözleşmenin devamı amaçlanmaktadır. Bu sebeple uzayan iş ilişkisi ile işçinin korunması amaçlanmış ve bu bağlamda işe ilişkin olarak değişiklik yapma hakkı getirilmiştir. Zaman içerisinde ara verilmeksizin devam eden iş ilişkilerinde sözleşmenin tarafları, ekonomik, teknik, sosyal ve birtakım başka gerekler sebebiyle iş sözleşmesinde değişiklik yapma gereği doğmaktadır.

2. İşveren'in Yönetim Hakkı ÇerçevesindeSözleşmede "Değişiklik" Kavramı ve "Esaslı Değişiklik" Kavramından Farkı

Sözleşmenin değiştirilip değiştirilemeyeceği ve bu değişikliklerin neye göre yapılabileceği işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilişkilidir. Bu sebeple bu çalışmada, esaslı değişiklik teklifini işverenin yönetim hakkı çerçevesinde de incelemek gerekmektedir. İşverenlerin kendi işyerle-

ri nezdinde çalışan işçilerden birtakım talepleri olması işin devamı için vazgeçilmez bir hususdur. Zaten, Yargıtay, bir kararında, yönetim hakkı kapsamında değişiklik kavramını değerlendirirken*"İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez"*demiştir. İşverenin yönetim hakkına aşağıdaki hususlar örnek olarak gösterilebilir. Burada sayılanlar, işverenin işveren olmasından kaynaklanan, işin görülmesine dair olan temel hususlar olup, işverenin bunlar üzerinde etkisi olması doğaldır.

Mesai saatleri

İşin nasıl yapılacağı

İşin nerede yapılacağı

İşin görüleceği kılık-kıyafete ilişkin nizam

Davranış ve disiplin kuralları

Bu bağlamda, işçinin bu kurallara uyması, işverene bağlılığını göstermekte olup, ödevleri arasında yer almaktadır. Bununla birlikte, işverenin her talebi de işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilmemelidir. Bu sebeple, bazı değişiklikler yönetim hakkı kapsamında, bazı değişiklikler ise bu kapsam dışında değerlendirilmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, çalışma koşullarında yapılan değişiklikler işverenin yönetim hakkı çerçevesinde kalıyor ise, bahsi geçen değişiklikler esaslı değişiklik olarak kabul edilmemekte, işverenin ilgili değişiklikleri tek taraflı olarak yapmak hususunda yetkisi olduğunda mutabık kalınmaktadır.

Örneğin, bir iş sözleşmesinde işyerinin neresi olduğu belirtilmiyor ise, işyerini seçmek işverenin yönetim hakkı kapsamına girmektedir. Bunlara birtakım örnekler vermek gerekirse;

İşveren servis hizmetini kaldırarak işçilere ulaşım zammı ödemeyi taahhüt etmiş ise, bu durumda da esaslı bir değişiklikten söz edilmemelidir.

Kartal'da oturan bir işçiye Beykoz'a gitmesi için servis hizmeti verilmiş, fakat kendisine yöneltilen yeni bir değişiklik teklifi ile Tuzla'da çalışması isteniyor ve servis hizmeti kaldırılıyor ise bu durumda da esaslı değişiklikten bahsedilmemelidir.

Ne var ki, Kartal'da oturan bir işçinin Tuzla'daki işyerinden Beykoz'daki işyerine gitmesi teklif ediliyor, fakat ek bir servis hizmeti veya ulaşım zammı verilmiyor ise, esaslı bir değişiklikten söz etmek gereklidir.

Bu sebeplerdendir ki, değişiklik teklifi sebebiyle gerçekleşen uyuşmazlıklarda, öncelikle ilgili değişikliğin işverenin yönetim hakkından girip girmediği irdelenmeli, girmiyor ise esaslı bir değişiklik olup olmadığına bakılmalıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2009/20411 Esas, 2010/14372 K. Numaralı ve 24.05.2011 tarihli kararında transfer nedenindeki dürüstlüğün de önem teşkil ettiği belirtilmektedir.

Bir değişikliğin esaslı olup olmadığı hususunda kıstas yaratmak gerekir ise;

İşçi aleyhine olup olmadığı,

İşverenin yönetim hakkı çerçevesine girip girmediği,

Sözleşmenin objektif esaslı unsurlarına karşı bir müdahalenin bulunup bulunmadığı,

Terfi ve ücret artışı söz konusu ise, işçiye; işçinin bu işi kabul etmemesini haklı kılacak biçimde sorumluluk, risk ve iş yükü yükleyip yüklemediği,

İş yükü artsa dahi, verilecek ücretin ve ek taahhütlerin denge sağlayıp sağlamadığı, olarak sıralanabilir.

Kadıköy 1. İş Mahkemesi'nin 2009/879 Esas sayılı dosyasına ibraz edilen Av. Mahir Özer'in bilirkişilik yapmış olduğu raporda da *"Çalışma koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İşveren işyerinin karlılığı, verimliliği noktasında işin yürütümü için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesi şeklini ve zamanını, hizmetin niteliğini işveren belirler."* denilmektedir.

İşverenin yönetim hakkı ile işçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevler belirlenir. İş Kanunu'nun 25. Maddesinin 2. Fıkrasının h bendinde *"işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi"* işçinin, işvereni tarafından yöneltilen ödev ve görevlerinin yapılmaması halinde işverenin yönetim hakkının işçi tarafından kabul edilmemesi halinde işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini geçerli kılmaktadır.

Bu bağlamda bahsi geçen bilirkişi raporunda da işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişikliklerin, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemeyeceği, geçerli nedenin işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabileceği hususu ortaya konmuştur. İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca çalışma koşullarında değişikliğin geçerli olabilmesi için işverenin değişiklik talebinin ve işçinin rızasının yazılı olarak alınması gerek-

tiği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda, bir değişiklik talebinin geçerli olabilmesi için; işverenin değişiklik talebinin ve işçinin rızasının usulüne uygun bir biçimde yazılı olarak ve 6 iş günü içerisinde alınması gerekmekte olup, ilgili değişiklik ancak, işçinin rızasının alınması dâhilinde gerçekleşmiş sayılacaktır. İşçinin rızası olmaksızın işverenin değişiklik kabulü geçerli olmayacak, işçi değişiklik talebi öncesinde her ne iş yapıyor ise, bahsi geçen işe, teklif öncesi şart ve koşullar dâhilinde devam edecektir.

İşçinin değişikliğe yazılı olarak olumsuz yanıt vermesi veya yanıt vermemek suretiyle hal ve davranışlarından rıza göstermediği anlaşılmakta ise de, bu durum işçinin iş sözleşmesinin feshi nedenini oluşturmadığı kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, günümüzde çoğu çalışma koşulu *toplu iş sözleşmeleri* ile sağlanmaktadır. Bu sebeple işçinin korunmasına bu denli özen gösteren sözleşme sisteminin devamlılığı esastır. Toplu İş Sözleşmesi ile düzenlenen çalışma koşullarının işçi ve işveren tarafından değiştirilmesi mümkün değildir. Bu sözleşmeler ile belirlenen koşullar yalnızca işçi sendikası ile işveren sendikası arasında veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılacak anlaşmalarla değiştirilebilir. Toplu iş sözleşmelerinde yapılan değişiklikler de, aynı diğer yönetmeliklerde olduğu gibi ileriye yönelik olarak etki göstermektedir.

Usulüne uygun biçimde belirlenmiş *işyeri uygulamala*rı da günümüzde çalışma koşullarını belirleyen en önemli unsurlardandır. Bir işyeri uygulamasının usulüne uygun biçimde yürürlüğe girmiş sayılabilmesi için aşağıdaki durumları haiz olması gerekir.

Genel:İlgili uygulamanın bir işyerinde çalışan tüm işçilere veya bir kısmına uygulanması gerekir. Bir uygulamanın tek bir işçi için yürütülüyor olması; ilgili uygulamanın işyeri uygulaması olmasını sağlamamakla birlikte, bireysel iş sözleşmesinin bir parçasını oluşturmuş sayılır.

İşçi lehine:*"İş Hukuku, işçi hakları bağlamında sürekli ileriye yönelik gelişimci bir karaktere sahiptir; iş ilişkilerini düzenleyen her yeni hukuk kuralı, kural olarak eskisine göre işçilere daha fazla hak sağlayan bir niteliğe sahiptir ya da sahip olmalıdır."*[4]İlgili uygulama sebebiyle menfaat sağlanması gerekir. Sözleşme, yükümlülük veya zorunluluk sebebiyle değil, işverenin kendi iradesiyle işçi lehine bir uygulama başlatılmış olmalıdır. Örneğin bir işyerinde; Perşembe günü resmi tatil olduğunda Cuma gününün de tatil olması tüm çalışanlar için süregelen bir

4 Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu, Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj Kavramları, Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 563

uygulama olduysa, bunun artık bir işyeri uygulaması olduğu söylenebilir.

Her zaman aynı koşullarda yapılmalı: Bahsi geçen uygulamanın her zaman aynı koşullarda yapılması gerekmektedir. Örneğin bir ikramiyenin her zaman dini bayramlarda verilmesi veya bir servisin her zaman aynı güzergâhtan gitmesi gibi.

Süreklilik arz etmeli: Bir işyeri uygulamasının süreklilik arz etmesinin amaçlanmasında; en başta işçinin güveninin korunmaya değer olup olmadığına bakılmalıdır. Bu durumda işverenin amacına bakılmamalıdır. Bir uygulamanın işyeri uygulaması olabilmesi için kesintisiz olması ve devamlılık arz etmesi gerektiği açıktır.

Bir işyeri uygulamasının işveren tarafından tek taraflı olarak kaldırılması veya değiştirilmesi mümkün değildir. Bu uygulamanın değiştirilmesi veya kaldırılması işçiler için çalışma koşullarının esaslı değişikliği anlamına geldiğinden, belli bir usule tabidir.

Örneğin, bir işveren, dini bayram öncesinde işçilerine ikramiye dağıttığı sırada, bir sonraki sene de ikramiye verip vermeyeceğini ertesi sene değerlendireceğine söylerse ikramiyenin işyeri uygulaması olmasını rahatça engelleyebilir. Bununla birlikte, işveren böyle bir beyanda bulunmayarak, işyeri uygulaması haline getirdiği ikramiyeyi vermez ise, ikramiyeyi hak eden işçiler, hak kazandıkları ikramiye tutarını işçilik alacağı olarak geriye yönelik 5 (beş) yıllık zamanaşımı ile işverenden talep edebilirler. İkramiyeyi almaksızın ve talep etmeksizin çalışmaya devam eden bir işçinin ücreti almayacağına ilişkin bir zımni kabul yerine getirdiği ileri sürülemez.

Bu bağlamda, işyeri uygulaması haline gelmiş bir uygulama, her gelen yeni işçiye de uygulanmalıdır. Uygulanmadığı takdirde, işçi tarafından eşit işlem borcu kapsamında işverenden talep edilebilir.

Personel İç Yönetmeliği'nin niteliği, halen hukukumuzda büyük bir çelişki oluşturmaktadır. Bunun sebebi, personel iç yönetmeliğinin başlı başına bir sözleşme mi yoksa var olan iş sözleşmesinin eki niteliğini mi haiz olduğuna ilişkin mutabakat henüz sağlanamamıştır.

Personel iç yönetmelikleri iş sözleşmesinin eki olarak nitelendirildiği takdirde; iş sözleşmesinde bulunmayan unsurların işçilerin rızası olmaksızın işe giriş esnasında kabul ettirilmesine sebep olacaktır. Uygulamada da, çoğunlukla başlı başına bir sözleşme olarak kabul edilen personel iç yönetmelikleri, işverene, yönetim hakkı çerçevesinde değişiklik yapma hakkı tanımaktadır.

Bu bağlamda, işçinin pazarlık edebileceği hususlar iş sözleşmesinden çıkartılarak personel iç yönetmeliği içerisinde değerlendirilmeye başlanmıştır. Tüm bu durumları engellemek ve işçinin korunmasını sağlamak açısından, bu yönetmelikler için şekil şartı getirilmiştir.

Bununla birlikte, personel iç yönetmeliğinin değiştirilmesi esaslı bir değişiklik niteliği taşımakta olduğundan, ilgili değişikliğin yapılması noktasında da işçinin yazılı onayının alınması gerektiği de sabittir. Personel İç Yönetmeliği'nin en başta işçiye kabul ettirilmesi hususunda herhangi bir onay usulü aranmaksızın değiştirilmesi için onay aranması da çelişki yaratan ayrı bir unsurdur.

Bununla birlikte, işveren, çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği, işyeri iç yönetmeliği çerçevesinde işçiye kabul ettirdi ise, bu bağlamda, esaslı değişiklik hakkına sahip hale gelmiş sayılmaktadır. Bu noktadan sonra işveren, yönetmelik çerçevesinde yapacağı esaslı değişiklikler için işçinin onayını almak zorunda değildir. Bununla birlikte, işyeri iç yönetmeliğinin de usulüne uygun bir biçimde işçiye kabul ettirilmesi gerekmektedir. Bahsi geçen yönetmeliği imzalayan bir işçi, daha sonra, esaslı değişikliğin kendisine teklif edilmediğini beyanıyla ilgili değişikliğe itiraz ederek, işçilik haklarını talep edemez. Bu bağlamda işveren, değişiklik yapma hakkını saklı tutmuş sayılmaktadır.

Bununla birlikte,bazı işlerde çalışan işçilerinin, iş görme edimini her zaman işyerinde yerine getirmeleri mümkün değildir. İşçi, yaptığı işin niteliği gereği, işi geçici veya sürekli bizimde işyeri dışında gerçekleştirebilir. Buna örnek olarak montaj işinde çalışanlar ve ürünpazarlamacılarının yaptığı işler gösterilebilir.

İşverenlerin, kural olarak, kendilerine ait başka işyerlerinde çalışma yetkileri bulunmakta; bu bağlamda sözleşmeye koydukları hükümler geçerlidir. Bu sebeple, bankada çalışanlar gibi işverenin işyeri değiştirme hakkını sözleşmede saklı tuttuğu mesleklerde, işçilerin bu hükümlere uyma mecburiyeti bulunmaktadır.

Bununla birlikte, uygulamada Yargıtay, iş sözleşmelerinde işverenin değişiklik hakkını saklı tutması halinde işçi aleyhine yapılan uygulamalar bulunduğunda işyeri değişikliğini yönetim hakkı çerçevesinde değerlendirmemektedir.*"İşçi, Türkiye genelinde işverenin bütün işyerlerinde çalışma koşulunu hizmet akdinde açıkça kabul etmiş olsa bile, bu koşulun bağlayıcılığını mutlak olarak kabul etmek doğru olmaz. Nakil, işçinin sosyal ve ekonomik durumu ile sonraki durumu arasında işçi aleyhine büyük farklar yaratmamalıdır"*

Tüm bunlarla birlikte, usulüne uygun biçimde yürürlüğe konmuş bir yönetmelik uyarınca, işçi, işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkından haberdar olmadığını savunamaz. Ne var ki, bu yönetmelikler, önceden de açıklandığı üzere işveren tarafından yönetim hakkı kötüye kullanılmamak kaydı ile ve dürüstlük ve iyi niyet kuralları çerçevesinde, sözleşme çerçevesinde düzenlenmiş koşullara uymak kaydıyla değişiklik yapılması gerektiği izahtan varestedir.

Yeniden vurgulamakta yarar vardır ki, çalışma koşullarının esaslı değiştirilmesinde dikkat edilmesi gereken başlıca husus, işyeri iç yönetmeliği, insan kaynakları yönetmeliği gibi işveren tarafından düzenlenen yönetmeliklerin esaslı değişiklik hakkını haiz kılan bir düzenleme getirip getirmediği, işçinin bu duruma muvafakat verip vermediği büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte işveren, işçiyi tam olarak bilmediği bir konuda muvafakat vermeye zorladığından, bu hakkın işveren tarafından kötüye kullanılmaması ve işçiyi zor durumda bırakacak kadar keyfi bir biçimde kullanılmaması gerektiği de aşikârdır.

Bu yönetmelik kapsamında uygunluk denetimi yapılmıyor olsa da, dürüstlük kuralı gereği ve işçinin korunması bakımından bir takım hususları haiz olması gerektiği usulen geçerli olabilmesi için kabul edilmektedir. Bu bağlamda, ilgili yönetmeliğin;

Dilinin anlaşılabilir olması, yazı büyüklüğünün okunabilir olması

Beklenmeyen şaşırtıcı bir madde içermemesi

Nispi ve emredici kurallara aykırı olmaması

Toplu sözleşmeye aykırı olmaması gerekmektedir.

3. Esaslı Değişiklik Çeşitleri

Prof. Dr. Sarper Süzek'in İş Hukuku isimli kitabında[5] çalışma koşullarında esaslı değişiklik birkaç çeşide ayrılmıştır. Bunlar aşağıda sıralanmıştır:

Ücret Değişikliği: İşçinin gördüğü edim karşılığında hak kazandığı ücret kavramı; ücretin parçası niteliği taşıyan ek ödenekleri de kapsamaktadır. Bu bağlamda, işçiye yemek veya servis hizmetinin bundan böyle sağlanmayacak olması veya yol parasının karşılanmayacak olması esaslı değişiklik olarak kabul edilmektedir.

İşin Niteliğinde Değişiklik:İşçinin iş akdinde tanımı bulunan ve taraflarca mutabık kalınarak akdedilmiş bulunan işinin niteliğinin değiş-

5 Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Basım Yayın, 5. Baskı, İstanbul, 2009, s.599

mesi de esaslı değişiklik kapsamına girmektedir. Bu bağlamda yapılacak değişikliklerin, işçinin işinin niteliği ile bağdaşan, benzer veya eşit bir başka iş ile yapılmasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Örneğin, bir güvenlik işçisinin temizlik işçisi olarak görevlendirilmesi aleyhe yapılmış esaslı bir değişikliktir ve işçinin onayına tabidir. Yapılan bir değişiklik ile işin ağırlaştırılmasının da işin niteliğinde yapılmış bir değişiklik olduğu kabul edilmektedir. *"İş yeri paketleme bölümünde genelde erkek işçiler çalıştığına göre bayan işçilere o bölümde erkek işçilere göre daha hafif taşıma işi verilmiş olsa bile iş koşullarının ağırlaştırıldığı kabul edilmelidir."*[6]

İşyeri Değişikliği: İşçinin nerede çalışacağı iş akdinde belirlenmiş ise, işyerinin değişikliği talep edilecek ise bunun esaslı bir değişiklik teklifi olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda işçi başka bir ilde çalışacak fakat daha modern şartlarda çalışacak olsa dahi, bu değişiklik esaslı bir değişiklik olarak kabul edilmektedir.

Çalışma Saatlerinde Değişiklik: Bilindiği üzere mesai saatleri işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, bu saatlerin değişmesi değişiklik olarak anılmaktadır. Çalışma saatlerindeki bazı değişiklikler, ücrette farklılık yaratmasa da işçiye zorluk yaratacak nitelikte ise esaslı bir değişiklik olarak kabul edilmelidir. Örneğin, gündüz çalışan bir güvenlik görevlisinin gece çalışmaya başlayacak olması işçinin tüm hayatını etkilediğinden kaçınılmaz olarak esaslı bir değişikliktir. Öte yandan, 17.30'da mesaisi sona eren bir işyerinin, 18.00'da sona ermeye ilişkin yönetimsel kararının değişiklik içerdiği aşikâr olsa da, esaslı değişiklik olarak sayılmayacağı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, bu sayılanlar yorum yoluyla genişletmeye de açıktır.

İstirahat Süresinin Kısaltılması: İşçinin ara dinlemelerinin tek yanlı bir karar ile kısaltılması işçilerin düzenini etkileyebilecek bir unsur niteliğini taşıdığından esaslı bir değişikliktir. Buna örnek olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 07.12.1995 tarihli 1995/20913 Esas, 1995/35276 Karar sayılı kararı verilebilir: *"Gece vardiyasında çalışan işçilere iş yerinde üç saat istirahat verilmekteyken bu uygulamanın işveren tarafından tek yanlı olarak bir saate indirilmesi, iş şartlarının işçi aleyhine değiştirilip ağırlaştırılması olarak kabul edilmektedir."*

Uzmanlık Alanından Farklı Bir Alanda Çalışmaya Başlatılmak İstenmesi: Çalışma hayatında artık kariyer büyük önem taşıdığından, kişinin uzmanlık alanı çerçevesinde olmayan, işçinin bilmediği ve tanımadığı bir başka işin işçiye verilmek istenmesi halinde bu değişikliğin esaslı bir

6 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2001/1470 Esas, 2001/5087 Karar

değişiklik olduğundan bahsedilebilir. Aynı şekilde, mevcut işinde herhangi bir başarısızlık ve hata örneği olmamasına rağmen, işçinin daha düşük nitelik gerektiren bir işte çalıştırılmaya başlaması da, "mobbing" kavramına içerisinde de değerlendirilebileceğinden, bu hususun da esaslı değişiklik olarak ele alınması gerekmektedir. *"İşyerinde kaynakçı olarak çalışan işçinin kum eleme işine verilmesi, çalışma koşullarının esaslı tarzda değiştirilmesi mahiyetindedir."*

İşyerinin Taşınması, Kapanması veya Devri: İşyerinin taşınması veya kapanması da, Yargıtay kararlı uyarınca kabul edilen esaslı bir değişiklik olup, çalışma koşullarında esaslı değişiklik kapsamı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Öte yandan, işyerinin devri de işverenin yönetim hakkı kapsamındadır. *"İşyeri devri çalışma koşullarında değişiklik olarak nitelendirilemez. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre, işyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı araştırılmalıdır."*[7]

IV. ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİNİN İŞÇİYE SUNULMASI

1. Çalışma Koşullarında Değişiklik Sunulmasında Usul

Çalışma koşulu kavramının hukuken tanımlanabilir olması, işverenin bunları değiştirmesindeki keyfiyetini kısmen engellese de; tamamen engellemesi mümkün olmamıştır. Bu nedenle çalışma koşullarında yapılan değişiklikler için bir takım usuller öngörülmüştür. Bununla birlikte, işçi-işveren ilişkisini tamamen hukuki bir temele almak da çok doğru olmadığından, çalışma koşullarında yapılan her değişiklik değil, yalnızca esaslı değişikliklerin belli bir usul çerçevesinde incelenmesi amaçlanmıştır.

Her ne kadar bir iş sözleşmesinin iş sözleşmesi niteliğini haiz olması için yazılılık şartı aranmamış olsa da, işçinin korunması amaçlanarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğini haiz işverenin değişiklik talepleri ve ilgili değişiklik kapsamında işçilerin yanıtlarının kanun kapsamında yazılı olarak yapılması zorunluluğu getirilmiştir.

2. İşçinin Kendisine Yöneltilen Öneriye Yanıt Vermesinde Usul

İşveren tarafından yazılı olarak yapılacak olan değişiklik talebine ilişkin olarak, altı işgünü içerisinde işçi tarafından yazılı yanıt verilmelidir. Yazılı talep edilmeyen veya yine yazılı biçimde yanıt verilmeyen esaslı değişikliklerin işçiyi hiçbir şekilde bağlamayacağı İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamında düzenlenmiştir.

7 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 27.10.2005 tarih ve 2005/5396 Esas, 2005/34825 Karar

İş Kanunu çerçevesinde değişiklik talebini kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin feshedilebileceği hususu düzenlenmiştir. Bununla birlikte, yalnızca değişiklik talebinin kabul edilmemesi halinde sözleşmenin feshinin geçerli olmayacağı da hüküm altına alınmıştır. İş Kanunu'nun 22. Maddesi uyarınca değişiklik talebinin kabul edilmemesi halinde değişikliğin geçerli bir nedene dayandığı veya fesih için geçerli bir başka nedenin bulunduğunun yazılı olarak işçiye açıklanması ve yine işveren tarafından bildirim sürelerine uyulması halinde iş sözleşmesinin feshedilebileceği hususu hüküm altına alınmıştır.

3. Teklifin Sonuçları

İşveren tarafından ***iş güvencesini haiz bir işçiye*** yöneltilen, önceden herhangi bir yol ile kabul edilmemiş (önceden imzalanan bir işyeri iç yönetmeliği gibi) çalışma koşullarının esaslı değiştirilmesi teklifine istinaden işçinin iki adet seçeneği bulunmaktadır: Bu seçeneklerden ilki ilgili değişikliğe onay vermediğini yazılı veya yazısız (bu durumda zımni) biçimde beyan ederek eski işine devam etmek, diğeri ise değişikliğe yazılı biçimde onay vererek kabul ettiği yeni koşullar ile işe başlamaktır.

İlgili teklifi kabul etmeyen işçinin m.22 çerçevesinde iş akdini feshi seçeneği öngörülmemektedir. Bununla birlikte, çalışma koşullarının değiştirilmesi, aynı zamanda taahhüt edilen koşulların uygulanmaması anlamına geldiğinden; aynı kanunun *"İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı"* başlığını taşıyan 24. Maddesinin 2. Fıkrasının f bendinde belirtilen hal sebebiyle işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceği kabul edilmektedir. Bu durumda ise işçinin ihbar tazminatını talep hakkı doğmasa da kıdem tazminatının ödenmesi gerektiği muhakkaktır.

"md.24/2-f: Ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa yahut çalışma şartları uygulanmazsa."

Bununla birlikte, değişikliği kabul etmeyen işçinin eski hal ve şartlarda çalışmaya devam etme hakkı da işçiye sağlanmıştır.*"Çalışma koşullarının belirlenmesinin ardından yapılmak istenenin değişiklik olup olmadığı ve en sonunda işçi aleyhine olduğu, işçi tarafından kanıtlanmalıdır."*[8]

İşçinin değişikliği kabul etmek istememesi halinde, işverenin; başka durumların da oluşması halinde işçinin iş sözleşmesini feshetme hakkı

8 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 15.12.2008 tarihli 2008/13026 Esas 2008/33685 Karar

kanunen tanınmıştır. Bu durumda, işveren, teklif ettiği değişikliğin geçerli bir nedene dayandığı veya geçerli başka nedenlerin oluştuğunu kanıtlayabildiği takdirde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir.

Bu duruma, bir Yargıtay kararı ile örnek vermek gerekirse;

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 04.04.2008 tarihli, 2007/29732 Esas ve 2008/7431 Karar sayılı kararında, davalı işveren tarafından hali hazırda imar müdürlüğünde çalışan davacı işçiye saray idare amirliğinde yeni görev tebliği yapılmış olup, işçinin göreve başlamaması sebebiyle işveren sözleşmeyi feshetmiştir. Davacı işçi, savunmasında iş sözleşmesinin sendikal nedenler ile sona erdirildiğini, feshin geçersiz olduğunu, işe iadesine karar verilmesini, işverence işe başlatılmaması halinde ise boşta geçen zaman ücretinin ve tazminatını talep etmiştir. Davalı işveren ise savunmasında, işçinin kendisine teklif edilen yeni işi kabul etmeme hakkı olduğu ikrar edilmiş, fakat işverenin bu durumda iş sözleşmesini feshedebileceği belirtilmiştir. Yerel Mahkeme, işverenin yönetim hakkının bulunduğunu belirterek, yapılan değişikliğin işçi aleyhine olup olmadığının dosyadan anlaşılmadığını, hukuken işe iade koşullarının oluşmadığını belirterek davanın reddi yoluna gitmiştir. Yargıtay, dosya içeriğinden iş koşullarının esaslı değişiklik getirip getirmediği anlaşılmadığından, yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay verdiği kararda, *"Somut olayda, davacı işçinin çalışma şartlarında işçi aleyhine esaslı tarzda değişiklik yapıldığı, davacının söz konusu değişikliği kabul etmediği anlaşılmaktadır. Davacı verilen yeni görevi yerine getirmek zorunda olmadığından, işverence İş Kanunu'nun 25.maddesi gereği değil, 22.maddesi uyarınca iş sözleşmesinin feshedilmesi gerekir. İş Kanunu'nun 22.maddesi uyarınca iş sözleşmesinin feshi için, yapılan değişikliğin geçerli nedene dayanması veya fesih için başka bir geçerli nedenin olması gerekir."* demek suretiyle Yerel Mahkeme tarafından eksik inceleme ile karar verilmesi sebebiyle kararı bozmuş, işyerinde keşif yapılmasına karar verilmiştir.

Bu çalışma kapsamında son olarak işlenecek olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2006/37017 E. 2007/1181 Karar sayılı kararında, işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik önerisini kabul etmeme hakkını haiz olsa da, işverenin bu bağlamda işçinin sözleşmesini feshetme hakkı bulunduğu incelenmektedir. İş sözleşmesi feshedilen davacı işçi, sendikadan istifa ettiğini, akabinde çalışma koşullarının tek taraflı olarak esaslı biçimde değiştirildiğini ve bunu kabul etmemesi halinde de iş sözleşmesinin feshedildiğini beyan etmiştir. İşçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli sebep olmaksızın feshedildiğini, sendikal nedenlerle yapılan feshin geçersizliğinin tespitini ve işe iadesini, işe başlatılmaması halinde ise

boşta geçen süre ücretini ve tazminatının ödenmesini talep etmiştir. Davalı işveren ise, araç ve şoförlük hizmetlerinin özel bir firmadan tedarik edileceğini belirterek, bu hizmetlerde çalışan kişilerin Park ve Bahçeler Müdürlüğü'ne geçici olarak bağlı çalışacaklarını belirtmiş, birçok işçinin bu bahsi geçen değişikliği kabul ederek bu yönde çalışmaya başlatıldığını, fakat davacının değişikliği kabul etmediğini, bu sebeple haklı olarak iş sözleşmesinin feshedildiğini belirtiştir.

Yargıtay, şoför olarak çalışan işçilerin işin niteliği gereği başka bir sektörde çalışmaya başlatılmasının son çare olabileceğini, aleyhe yapılan bir değişikliğin söz konusu olabileceğini, ne var ki aleyhe olmasa da bu yönde yapılacak fesihlerin m.25 kapsamında haklı nedenle değil, m.22 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve işçinin esaslı değişiklik teklifini istemezse kabul etmeyebileceğini belirtmiştir.

İŞVERENİN ÜCRET ARTIŞI YAPMAMASI EŞİT DAVRANMA İLKESİNE AYKIRILIK TEŞKİL ETMEKTE MİDİR?

Av. Esra ÖZEREN PARAY

İş Hukukunda çalışanların ücret artışının yapılmaması, karşılaşılan belirgin sorunlar arasında yer almaktadır. Enflasyonun olduğu bir ortamda, gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım gibi zorunlu giderlere yapılan zamlar sonrası bu zamlara orantılı bir şekilde gelir artışının olmayışı, çalışanların alım gücünü düşürmektedir.[1]

Çalışanlar, işlerini kaybetme riski ve yeni bir iş bulmanın zorluğu karşısında yasal haklarını bilseler dahi sessiz kalabilmektedirler. Ancak, çalışma verimleri de düşmektedir.

Ücret Nedir?

Ücret tanımına, Anayasa'nın 55. maddesinde ve 4857 sayılı İş Kanunu 32. maddesinde yer verilmiştir. Anayasa'nın 55. maddesi uyarınca, 'Ücret, emeğin karşılığıdır.'

4857 sayılı Kanun 32. Madde uyarınca, '*Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. Ücret en geç ayda bir ödenir. İş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir.*'

Asgari Geçim İndirimi, İkramiye, Prim İle Sosyal Yardımlar Ücrete Dahil Midir?

Asgari geçim indirimi, ücretin bir parçası ve eki olmayıp kaldırılan vergi iadesinin yerine konulan bir ödeme türüdür; tazminat ve işçi alacakları hesaplanırken dahi esas ücrete dahil edilmemektedir. [2] Prim, ikramiye ve sosyal yardımlar ise, ücret eki niteliğinde olduğu için sadece kıdem ve ihbar tazminatı hesaplanırken dikkate alınmaktadır.[3]

---

1 'Asgari Ücret' esasları, 25540 sayılı, 01.08.2004 tarihli Resmi Gazete'de yürürlüğe giren Asgari Ücret Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

2 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2010/44199 E, 2013/3913 K, 4.2.2013 T, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2012/8530 E, 2012/7950 K, 12.3.2012 T.

3 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2004/11922 E, 2004/29003 K, 20.12.2004 T.

Bu nedenle de; özellikle çalışana ödenen ikramiye ve primler ücret artışı olarak değerlendirilemez. Ayrıca, işveren haklı bir neden olmadıkça sosyal yardımlardan ve parasal menfaatlerden de işçileri eşit bir şekilde yararlandırmalıdır.[4]

Eşit Davranma İlkesi Nedir?

Genel anlamda eşit davranma veya ayrımcılık yasağı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 14. maddesi Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenmiş olmakla birlikte iş hukuku bakımından ayrımcılık yasağı Anayasa'nın 55. maddesinde ve İş Kanunun 5.maddesinde 'Eşit Davranma İlkesi' başlığı altında düzenlenmiştir.

İş Kanunu 5/ III. Maddesi uyarınca; *'İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.'*

Eşit davranma ilkesi sayesinde işveren, haklı ve objektif bir neden olmadıkça çalışanlarına farklı davranmama borcu altına girmektedir. İK 5. madde, işverenin yönetim hakkını sınırlayan bir düzenlemedir ve bu düzenleme ile eşit durumdaki işçilere, farklı davranılmasının önüne geçilmesi hedeflenmiştir.[5]

Ücret Artışı Yapılmayan İşçinin Hakları

İşçinin yazılı bir iş sözleşmesi varsa, öncelikle iş sözleşmesinde maaş artışına ilişkin bir hüküm olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Eğer, sözleşme maddesi ile maaş artışı düzenlenmişse; maaş artışının yapılmaması İş Kanunu 24. maddenin II/e. maddesi uyarınca haklı nedenle fesih sebebidir.

Bu maddeye göre; İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse, işçi iş sözleşmesini derhal fesih edebilmektedir. İhtarname ile iş sözleşmesini feshettikten sonra işçi kıdem tazminatına hak kazanmaktadır.

Eğer, işçinin yazılı bir sözleşmesi yoksa veya sözleşmesinde maaş/ücret artışına ilişkin bir hüküm bulunmuyorsa; işverenin maaş artışı yapması yönetim hakkı kapsamında kalmaktadır. Ancak, işverenin yukarıda belirtildiği üzere yönetim hakkını keyfilikten uzak, tutarlı bir şekilde kullanması gerekmektedir.

4 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2012/9-847 E, 2013/200 K, 06.02.2013 T.

5 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2009/17321 E, 2011/19795 K, 30.06.2011 T.

İşçinin kıdem ve pozisyon itibarıyla ve performans notuna göre aynı özellikleri gösteren bir işçiye göre aynı maaşı almaması eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Yine, diğer işçilere ile birçok ayda birbirine yakın başarı puanı alan bir işçinin maaşına, diğer çalışanlara göre düşük zam yapılması ve işçinin bu nedenle iş sözleşmesini feshetmesi haklı fesih nedenidir.[6] İşçinin iş sözleşmesini bu sebepten feshetmesi halinde İK 5. Madde uyarınca işçinin 4 aylık maaşa kadar tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır. Ancak, yeni işe alınan bir işçiye çalışan işçilere göre daha yüksek bir maaş ödenmesini, Yargıtay keyfi bir davranış olarak görmemektedir.

Sonuç:

Sonuç olarak, işverenin çalışanın maaşına zam yapmayışı ancak eşit konumdaki işçilere aynı davranılmaması ve aynı maaşın verilmemesi halinde eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Çalışanların zam talepleri, iş sözleşmesi ile güvence altına alınmasına rağmen ücretlerine zam yapılmadığında veya eşit konumdaki çalışanlara farklı maaş politikası uygulandığında işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshetme hakları doğmaktadır.

6 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2009/7079 E, 2011/8486 K, 24.3.2011 T.

ORGAN VE DOKU NAKLİ

Av. Çağatay UYGUN

GİRİŞ

Kişi, insan olması dolayısıyla birtakım haklara sahiptir ve bu haklara dokunulması veya bu hakların devredilmesi temel hak ve özgürlükler çerçevesinde mümkün değildir. Zaten Anayasa'nın 17'inci ve 56'ncı maddeleri de yaşam ve sağlık haklarından detaylı olarak söz etmektedir. Bunun nedeni de, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olması ve bunun aksine hareketin de Anayasa'ya aykırı olacağıdır.

Bilindiği üzere, Anayasa'nın "*kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı* " başlıklı 17'nci maddesi ilk fıkrasında herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu düzenledikten sonra, ikinci fıkrasında tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını düzenlemektedir[1].

Organ ve doku nakli kişilik haklarını yakından ilgilendiren bir müdahale çeşididir. Çünkü kişi vücudu üzerinde çoğu zaman da başkası lehine bir tasarrufta bulunmaktadır. Vücut üzerinde yapılacak tasarruflar, sınırsız değildir ve başta Anayasa olmak üzere kanuni düzenlemelerle güvence altına alınmış şartları belirlenmiştir. Ancak pek çok ülke düzenlenmesinde ve Türkiye'de de kabul edildiği üzere, organ ve doku nakli belli şartlar altında kişilik haklarına saldırı niteliğinde görülmemiş ve yapılan bu müdahalenin hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir[2].

Vücut bütünlüğü ve yaşam hakkının ihlali ile ilgili çoğu sorun, "*organ ve doku nakil*" konusunda karşımıza çıkmaktadır. Bu sorun günümüz tıp hukuku çerçevesinde çeşitli tartışmalara yol açmış ve hatta organ ve doku nakilleri kapsamında bu biyolojik maddelerin ticaretinin engellenmesi için, gerek Türk Ceza Kanunu gerekse milletlerarası sözleşmeler bunun engellenmesi amacıyla çeşitli kanuni düzenlemeler yapmışlardır. Ayrıca bu konu hakkında özel hukuk uygulamaları bile günümüz hukuk kapsamında düzenlemeleri kendi içlerinde barındırmışlardır.

---

1 Bkz. ÜNVER, Yener; "Avrupa Biyo- Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri" adlı makalesi

2 ÇAKMUT, Özlem YENERER; "Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi"; Legal Yayıncılık; 1. Baskı; İstanbul 2003; s. 157

Organ ve doku nakilleri, aynı insan üzerinde yapılabileceği gibi, yaşayanlar arasında da ölmüş kişiden yaşayan kişiye olmak üzere, farklı insanlar arasında da yapılabilmektedir. Öte yandan hayvanlardan insanlara da nakiller yapılmakla birlikte bu alanda henüz başarı sağlanamamıştır[3]. Sunumumda da öncelikle organ ve doku ile ilgili kavramları sizlere sunduktan sonra, organ ve doku nakli türlerini belirleyeceğim ve organ ve doku naklinin bizim hukukumuz ceza kanunundaki düzenlemesini de ele aldıktan sonra, yine konum kapsamında olduğunu düşündüğüm "*suni döllenme ve embriyo nakillerini*" ve yine bu konu kapsamında *"hastane ve hekimin hakları, borçları ve sorumluluğunu"* kısaca açıklayacağım.

Makalemde de değineceğim üzere, Organ ve Doku Nakli ile ilgili 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un varlığı dışında, Organ ve Doku ile ilgili olarak tüzük ve yönetmeliklerin yanı sıra, Türk Ceza Kanunu da Organ ve Doku Nakli ile ilgili düzenlemeleri bünyesinde barındırmaktadır.

A. KAVRAMLAR

29 Mayıs 1979 tarih ve 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanunu'nda "organ" ve "doku" kavramları kullanılmış olmasına rağmen, bu kavramların tarifi yapılmamıştır. Kanunun kapsamını düzenleyen 2'nci maddesinin birinci fıkrası, "*...kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır."* demiş ve aynı maddenin ikinci fıkrası ise bazı organ dokuları saymak suretiyle kanunun içeriği dışında tutmuştur. Kanun sadece organ ve doku kavramları değil; kök hücre, alıcı-verici gibi kavramların da tanımını yapmamıştır. Bu kavramların tanımı konuya girmeden önce yapacak olursam:

1. ORGAN

Organ, canlı bir organizmanın, dokulardan oluşan, belirli bir görevi olan ve sınırları kesin tespit edilebilen kısmıdır[4]. Bu tariften de anlaşılacağı üzere, bir organizmanın organ olarak adlandırılabilmesi için dokuların bir arada bulunması, birleşmesi gerekmektedir. Bu nedenledir ki, organların dokular kadar geniş işlevleri bulunmamaktadır. Vücudumuzda organ örneği olarak şunları gösterebilirim: böbrek, kalp, pankreas, karaciğer, akciğer, bağırsak, dalak, mide, rahim ve deri birer organdır.

2. DOKU

3 ÇAKMUT; a.g.e.; s. 158

4 AKINCI, Salih; "Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde(Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar"; Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 10

Çok hücreli canlılarda, yapı ve fonksiyon bakımından birbirine benzeyen ve anatomik olarak bir bütünlük gösteren anatomi unsurlarından meydana gelen yapıya doku denir[5]. Tıbbi açıdan doku olarak kabul edilen anatomi unsurlarının başlıcaları kemik iliği, kıkırdak sinir, kirişlerdeki esnek dokular, kas dokusu, iç salgı dokuları, duyu dokuları ve bağ dokularıdır. Ayrıca gözün saydam tabakası olan kornea, kemik de birer doku örnekleridir. Yine her ne kadar 2238 Sayılı kanun kapsamında tutulmamış olunsa da kan, bir doku olarak kabul edilmektedir.

3. KÖK HÜCRE

Kök hücre çalışmaları tıp alanında yeni uygulamalardan biri olarak görülmektedir. Her ne kadar bu çalışmalar henüz son aşamalarına ulaşmamış ise de, bu konuda bütün dünyada umut verici sonuçlara ulaşılabileceği düşünülmektedir. Bu çalışmaların yeni olması da, hukuksal açıdan nasıl değerlendirileceği sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Esasen hukuk düzeninin çoğunlukla teknolojinin ve modern gelişmelerin gerisinde kalmasının bir örneği de burada görülmektedir. Hukuk düzenimizde, kök hücre çalışmalarını açık bir şekilde düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 2. fıkrasında bu kanun bakımından organın tanımı yapılmıştır: "Bu kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır". Kök hücrenin de bu manada bir organ/doku olduğunda şüphe yoktur[6].

Hemen belirtmek gerekir ki, bir kimsenin kendi kök hücresinin kendisine aktarılması bakımından 2238 sayılı kanun hükümleri uygulanamaz. Bu kanun anlamında organ ve doku nakli, yabancı bir organ veya dokunun naklidir. Bu itibarla, kişinin kendi kök hücresinin kendisine aktarılması bu kanun hükümlerine tabi değildir. Buna karşılık bir başka kimseden veya –mümkün olduğu takdirde- bir ölüden aktarılan kök hücreler bu kanun hükümlerine tabidir. Bu yönüyle kök hücre nakli yasal bir prosedüre tabi tutulmuş olmaktadır.

4. ALICI-VERİCİ (BAĞIŞLAYICI)

İnsan kökenli biyolojik maddelerin naklinde alıcı olan taraf, kendisine biyolojik madde aşılanan kimsedir[7]. Eğer bir kimse hukuki işlem ehliyetine sahipse, bu konuda tek başına karar verebilir veya kendisine biyolojik madde aşılanacak kişi hukuki işlem ehliyetine sahip değilse; kanuni tem-

5 AKINCI; a.g.e.; s. 10

6 http://portal.hakanhakeri.com/index.php?option=com_content&task=view&id=15&Itemid=35 , TARİH:12.12.2008, SAAT:11:58

7 AKINCI; a.g.e; s. 56

silcisinin izni gerekebilir ya da doğrudan kanuni temsilcisi o kişi adına irade beyanında bulunabilir[8].

Verici yani bağışlayıcı ise, kendisinden biyolojik madde alınan kimsedir. Ancak bu kişi yaşıyor olabileceği gibi ölmüş de olabilir[9]. Kendisinden organ ve doku alınan kişinin yaşıyor ya da ölü olmasına göre nakil sözleşmesinin tarafları değişir[10].

5. ORGAN VE DOKU NAKLİ (TRANSPLANTASYON)

Organ ve doku aktarımları yani nakli, yaşayan veya ölü bir vericiden alınan organ, doku veya hücrelerin, iyileştirme amacıyla bir alıcıya aktarılması anlamını taşımaktadır[11]. Organ ve doku nakilleri sadece insandan organ veya doku alınması yöntemiyle değil, aynı zamanda insan dışındaki bir canlıdan ya da yapay olarak üretilmiş organların bir kişinin bedenine yerleştirilmesi yöntemiyle de yapılabilmektedir ki bu konuya ileride değineceğim. Canlı ve ölü vericiden yapılan organ ve doku aktarımları, bizim ülkemizde olduğu gibi diğer ülkelerde de detaylı olarak incelenmiş ve kanuni düzenlemelere farklı koşullarla bağlanmıştır.

6. İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDE

Biyolojik madde kavramından, canlı organizmasına ait olan her türlü madde anlaşılmaktadır. Bu anlamda, kalp, böbrek, karaciğer ve mide gibi organlarla, kan, kemik iliği, kas ve sperm gibi dokuların tamamı, hatta vücuttaki kıllar ve tırnaklar birer biyolojik maddedir[12].

İnsan kökenli biyolojik madde kavramı mevzuatımıza 1990 yılında Medeni Kanunda yapılan bir değişiklikle girmiştir ve insan kökenli biyolojik maddelerin alınması ve aşılanması ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır[13].

B. ORGAN VE DOKU NAKLİ TÜRLERİ

Bilimsel amaçlarla organ ve doku nakli yapılması birçok tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Böyle bir uygulama insan hayatının bilimsel araştırmalar için riske atılması ve birtakım kötüye kullanmaların yaşanmasına neden olur endişesiyle eleştirilmiştir. Ancak yine de kanun, bu amaçla yapılacak müdahalelere izin vermiştir[14].

---

8 AYDIN, Murat; "Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu"; Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 9

9 AKINCI; a.g.e; s. 53

10 AYDIN; a.g.e.; s. 9

11 ERMAN, Barış; "Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu"; Seçkin Yayınları; Ankara, 2003, s. 216

12 ÖZTÜRKLER, Cemal; " Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları"; Seçkin Yayınları; 2. Bası; Ankara 2006; s. 218

13 ÖZTÜRKLER; a.g.e.; s. 218

14 ÇAKMUT; a.g.e.; s. 159

Günümüzde tıp bilim çerçevesinde organ ve dokular, çeşitli şekillerde aktarılabilmektedir. Bunlar arasında, kişinin kendi bedeninden kaynaklanan dokuların başka bir yere aktarılması (otologtransplantasyon), canlı veya ölü bir insandan alınan organ ve dokuların bir başkasına aktarılması (alojen transplantasyon) veya yukarıda da değindiğim gibi insan dışında bir canlıdan ya da yapay olarak üretilmiş organların bir kişinin bedenine yerleştirilmesi (xeno-trassplantasyon) yer almaktadır[15].

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu açısından bizim üzerinde durmamız gereken ve bahsedeceğim türler *alojentransplantasyon*ve *xeno-transplanmtasyon*olacaktır, zira *otolog transplantasyon* salt iyileştirmeye yönelik müdahale olması sebebiyle genel hukuka uygunluk koşullarına bağlı olacaktır.

1. ALOJEN TRANSPLANTASYON

a. Canlı Vericiden Yapılan Organ ve Doku Aktarmaları

2238 sy. Kanun'un 5 ile 10'uncu maddeleri arasında, yaşayan kişilerden organ ve doku alınması hükme bağlanmıştır.

Bir kişiden organ alınması, bedensel bütünlüğe yönelik doğrudan, ağır ve geri dönülemez sonuçlar doğuran bir eylem olarak görülmektedir ve bu eylem mühessir fiil olarak ele alınacağından hukuka aykırı bir eylem niteliği taşımaktadır. Ancak bu eylem, organ ve doku alıcısının yaşamının veya sağlığının kurtarılması için gerçekleştirildiğinde, iki bireyin fiziksel bütünlüğü birlikte ele alınmakta ve bu durum, işlemin iyileştirici niteliğinin organ ve doku vericisi açısından da kabul edilmesini sağlamaktadır[16].

Öğretide, bu işlemin hukuka uygun olduğunu söyleyen iki görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre; organlardan birinin alınmasına, transplantasyon zorunluluğu ve bir yaşamın kurtarılması için rıza gösteren kişi, burada toplum yararına ve düzenine aykırı hareket etmiş değildir[17]. Diğer bir görüşe göre ise; biyolojik madde alındığı zaman vericinin uğrayacağı zararla, elde edilecek yarar karşılaştırıldığında, elde edilecek yarar, vericinin zararını ikinci plana itiyor ve bu zarara katlanmayı haklı gösteriyorsa üstün bir amacın varlığından söz edilir[18].

---

15 ERMAN; a.g.e.; s. 216

16 ERMAN; a.g.e.; s. 217

17 KIYAK, Fahrettin; "İnsandan İnsana, Cesetten İnsana Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu"; Yargıtay Dergisi 1975; sa. 3, s. 59

18 GÖKCEN, Ahmet; "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler"; Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2000; Milenyum Armağanı, s. 67

Burada karşımıza çıkan bir sorun da yapılan işlemde aranacak rızadır. Türkiye'de kabul edilen sistem çerçevesinde Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda bir düzenleme yapılmıştır. Bu kanuni düzenlemenin 5'nci ve 6'ncı maddeleri yaşayan vericiden organ ve doku alınabilmesinin şartlarını düzenlemiştir. Bu kanun hükümlerine göre; rıza verme ehliyetine sahip organ ve doku vericisinin açık ve sağlıklı bir beyanının gerekliliği belirtilmiştir. Burada 18 yaş ve temyiz gücü aranmakta ve kesinlikle yasal temsilcinin rızası geçerli olmamaktadır. Dolayısıyla organ vericinin açık rızası yerine başka bir hukuka uygunluk nedeni kabul edilmemiştir.

Bir kişinin yaşamının kurtarılması için bir diğerinin beden bütünlüğüne rızasının bulunmamasına karşın gerçekleştirilecek bir müdahale, hiçbir koşulda "orantılı araç" kullanılması ölçütüne uygun kabul edilmeyecektir. Bunun nedeni, zorda kalış hukuka uygunluk nedeninin gerektirdiği "yararların tartılması" ilkesinin, bir amaca ulaşmanın aracı haline getirmeye hiçbir şekilde zorlanamayacağı kabulüdür. Kısacası, zorda kalış durumunda bile, vericinin rızası bunun bir ön koşuludur. Bu yüzdendir ki, tıbben sakınca olmaması durumunda bile ölü vericiden yapılabilecek aktarmalara veya hastanın aktarma dışı yollarla iyileştirilmesine öncelik tanınması savunulmaktadır[19].

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 19'uncu ve 20'nci maddeleri canlı vericiden organ ve doku aktarılmasını düzenlemiş ve bu düzenleme çerçevesinde bazı şartları belirlemiştir. Burada bizim Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 5'inci ve devamı maddelerinin aksine bir istisna kanuni düzenleme belirtilmiştir. Burada uygun bir vericinin bulunamaması durumunda alıcının rıza verme ehliyeti bulunmayan kardeşinden yasal temsilcinin rızası ile organ alınabileceği kabul edilmektedir. Görüldüğü gibi bizim kanunumuzda kesin şekilde vericinin rızası aranmakta iken, bu sözleşmede yasal temsilcinin istisnai bir durumda rıza verme ehliyeti bulunmayan kişi adına rıza verme yetkisi bulunmaktadır.

Burada karşımıza çıkan diğer bir sorun da, ticari amaçlarla organ ve dokunun bağışlanmasıdır. Yine Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 21'inci maddesi, insan bedeni be araçlarının kendi başına hiçbir ticari kazanca konu olamayacağını belirtmiştir. Burada alıcı bakımından değil, verici bakımından durumu ele almakta yarar vardır, çünkü asıl önemli olan vericinin verdiği rızanın geçerliliğidir. Hiç kuşkusuz ki burada vericinin yaşamını idame ettirebilmesi de kişinin sağlığı bakımından önem arz eder.

Yine bu konu çerçevesinde ele almamız gereken bir husus da sağlararası yapılan bu işlemin özel hukuk kapsamındaki niteliğidir. Alıcı ile

19 ERMAN; a.g.e.; s. 217

verici arasında yapılan bu sözleşmenin türü bakımından iki görüş bulunmaktadır: ilk görüşe göre bu sözleşme, Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinde yer alan *satım sözleşmesi* olduğu, ikinci bir görüşe göre ise bunun yine aynı kanunun 234'üncü maddesi gereği *bağışlama akdi* olduğudur[20].

b. Ölü Vericiden Yapılan Organ ve Doku Aktarmaları

Ölüden organ ve doku alınabilmesi için, "maddi" ve "hukuki" şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Maddi şartlar*; ölüm* ve *elverişliliktir.* Hukuki şartlar ise; ölüden biyolojik madde alınabilmesi için bazı sistemler öngörmüştür ve bu sistemler çerçevesinde organ ve doku alınabilmesini geçerli saymıştır. Bu sistemler arasında *rıza ve anlaşma modeli, itiraz modeli* ve *zaruret modeli*'ni gösterebiliriz. Bu konu başlığı altında öncelikle maddi şartları sunduktan sonra bu sistemleri açıklamakta yarar görüyorum.

I. Maddi Şartlar

aa. Ölüm

Ölüm, tabi ve biyolojik bir olaydır ve hukuk düzeni ölüme bazı hukuki sonuçlar bağlamıştır. Bunun en önemli sonuçlarından biri de ölümle kişilik hakkının sona ermesidir. Hiç kuşkusuz ki ölüden organ ve doku alınabilmesinin ilk şartı, vericinin ölmüş olmasıdır. Ölüm, ana hayat fonksiyonlarını denilen ve kişiye canlılık niteliği kazandıran dolaşım, solunum ve sinir sistemi fonksiyonlarının kendi başlarına çalışmalarının durması, birtakım suni vasıtalarla bu fonksiyonlar tekrar faaliyete geçirildiği halde kendiliğinden çalışmaya devam edememesi halidir. İşte bu durumda ölüm anının tespiti için hangi anlayışın yani *Klasik Ölüm Anlayışı'* nın mı, yoksa *Beyin Ölümü Anlayışı'*nın mı kabul edilip edilmemesi hususunda hukuk düzeninde tartışmalar söz konusudur.

Klasik Ölüm Anlayışına göre; bir insanın büyük hayat fonksiyonları denilen dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinin durması ve kalp atışlarının sona ermesi ile ölüm gerçekleşmektedir. "Biyolojik ölüm" ya da "klinik ölüm" de denilen bu kıstasa göre, son kalp atışı ve son nefes ile ölüm gerçekleşmektedir[21].

Beyin ölümü anlayışına göre ise; beyin hücrelerini harap olması ile başlayan ve belirli bir süreç içerisinde yavaş yavaş meydana gelen bir olaydır. Beyin ölümü tanısının konulabilmesi, üç koşula bağlanmıştır. Bun-

20 SARIAL, Enis; "Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler"; Kazancı Hukuk Yayınları; İstanbul,1986, sayı 53, s. 22

21 AKINCI; a.g.e.; s. 104

lar derin koma halinin bulunması, beyin sapı reflekslerinin tam kaybı ve spontane solunumun durmasıdır[22]. Beyin, insana insan olma vasfını veren bir organdır ve bu yüzdendir ki bu sisteme göre beyin fonksiyonlarının durması ile kişi ölmüş sayılmaktadır.

Bizim hukukumuz "beyin ölümü" anlayışını kabul etmiştir. Her ne kadar Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 11'inci maddesi, "tıbbi ölüm hali" kavramını kullanmışsa ve beyin ölümü kavramını belirtmemişse de; Organ ve Doku Nakli Yönetmeliği'nin Ek 1'inci maddesinde, beyin ölümü esas alınmış ve "beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşsüz kaybı" olarak tanımlanmıştır. Aynı yönetmelikte, beyin ölümünün ne şekilde saptanacağına ilişkin ölçütler de ayrıntısıyla belirtilmiştir.

Türk hukukunda, organ ve doku nakli ile ilgili yapılan yasal tümdüzenlemelerden önce, biyolojik ölüm kabul edilmekteydi.Ancakorgan ve doku nakilleriyle ilgili olarak 1968'deki Türk Tabipler BirliğiKomite kararıyla ve 1969'daki Yüksek Sağlık Şurası'nın bir kararıylabeyin ölümünün esas alınacağı bildirilmiştir[23].

Beyin ölümü kriterlerinin kabul edilmesini faydası, kalbi ve damarları atan; ancak beyni vücudunu idare edemeyen ve edemeyecek olan kimsenin henüz ölmemiş olan organlarının naklini sağlamaya imkan vermesidir. Gerçekten kalbi veya damarları atan kimsenin beyni artık vücudunu idare edemeyecek konumda olabilir. Bu durumda henüz ölmemiş organları nakletmekte fayda vardır[24].

Nitekim dünyada, organ ve doku nakli henüz yaygınlaşmamışken, kan dolaşımıve solunum sisteminin geri dönülmez bir şekilde durması, merkezisinir sisteminin artık işlemez hale gelmesi ve sonuçta organizmadakitüm hücrelerin ölmesiyle ölümün gerçekleşeceği kabul edilmekteydi.Yani bu dönemlerde tartışma olmaksızın biyolojik ölüm kabuledilmekteydi. Ancak organ naklinin tedavi yöntemi olarak kullanılmayabaşlanmasıyla artık tüm organların ölümünü beklemek yerinesadece beynin geri dönülemeyecek şekilde ölümü yeterli görülmeyebaşlamıştır. Çünkü biyolojik ölüm kabul edilecek olursa ölüden organnakilleri imkânsız hale gelecektir[25].

---

22 ERMAN; a.g.e.; s. 222

23 ÇAKMUT YENERER, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi,İstanbul 2003; "Yargıtay, yasadan önceki bir kararında ölüm anını, tüm organların durduğu an olaraknitelendirmeklebiyolojik ölümü kabul etmekteydi; Y.1.CD., 11.8.1972 gün ve 971/2697 E., 972/3674 K. Sayılı Kararı.

24 SOYASLAN, Doğan; "Organ Nakilleri"; Roche Yayınları, Sempozyum Notları, sa. 1, 17 Kasım 2006, s. 129

25 EREM, Faruk; "Organ Nakli Hakkında Kanun", Yargıtay Dergisi, S.4, C.5, Ekim 1979,707-718, s.712.

bb. Elverişlilik

Ölüden insan kökenli biyolojik madde alınabilmesi için alınacak olan biyolojik maddenin nakledilmeye elverişli olması gerekmektedir. Çeşitli sebeplerle zarar görmüş ya da hastalıklı olan ve bu nedenle alıcıya aşılandığında fonksiyonunu ifa edemeyecek veya alıcının organizmasının da hastalanmasına sebep olabilecek bir biyolojik madde nakil maksadıyla alınamaz[26].

Bu başlık altında incelenmesi gereken bir husus da uyum sorunudur. Naklin başarılı olabilmesi için, nakledilecek olan biyolojik madde alıcının bünyesine uygun olmalıdır. Bu konuda Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliği'nin 23'üncü maddesine göre; ölüden alınacak olan biyolojik maddeler öncelikle alımı yapan merkez tarafından değerlendirilir ve uyum sorunu olmadığı tespit edilirse; ölü vericiden alınan organ ve dokular, alıcıya nakledilir.

II. Hukuki Şartlar

Ölümün gerçekleşmesinden sonra insanın dokuları ve giderek organları ölürler. Organ naklini gerçekleştirmek ve bunda başarıya ulaşmak için ölümden hemen sonra, fazlaca zaman kaybetmeden organ naklini gerçekleştirmek gerekir. Ölüden organ naklini gerçekleşebilmesi için yine bazı hukuki şartlar aranmaktadır. Ölüden organ naklinin hukuka uygun olabilmesi için, aynen sağlararası organ naklinde olduğu gibi *rıza* ön plandadır. Burada Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14'üncü maddesinde belirtildiği gibi ölen kişi ölmeden önce organ ve dokularını tedavi, teşhis veya bilimsel amaçlar için alınabileceğini açıklamış veya organ alımını kabul etmiş olmalıdır. Burada temyiz kudretine sahip olan herkes öldükten sonra organlarının başka kişilere nakledilebileceğine ilişkin açıklama yapabilir, belge düzenleyebilir. Bunun için kişinin reşit olması yani 18 yaşını doldurması ve temyiz kudretine haiz olması yeterlidir.

Bu konu kapsamında, yukarıda da belirttiğim üzere bazı sistemlerden bahsetmekte ve sonuç olarak da bizim hukukumuzda nasıl bir sistemin uygulandığından söz etmekte yarar vardır.

aa. Rıza ve Anlaşma Modeli

Rıza Modeli'ne göre; kişinin kendi iradesi öncelikli olarak aranacak, bu konuda bir bilgi bulunmadığında yakınlarının rıza verebileceği kabul edilecektir[27]. Ölü vericiden organ alınmasının rızaya bağlı olup olmayacağı ve olacaksa kimlerin buna rıza göstermesi gerektiği konusunda çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır.

---

26 AKINCI; a.g.e.; s. 122

27 ERMAN; a.g.e.; s. 223

Bu modele göre; eğer kişinin sağlığında kendisinden organ ve doku alınabileceği yolunda açıklanmış bir iradesi varsa ya da yakınlarıyla bu konuda bir anlaşma sağlanmışsa, ölü vericiden biyolojik madde alınabilir. Daha başka bir anlatımla, kişinin sağlığında organ ve dokularının nakline ilişkin bir irade beyanı varsa sorun yoktur ve artık yakınlarının rızasına bakılmaz. Yakınlarının rızası, kişinin sağlığında vermiş olduğu bir irade beyanının yokluğu durumunda etki göstermektedir.

Bu modelin tercih edilmesinin en önemli sebebi, açık bir rızayı teminat altına almasıdır. Rıza ve anlaşma modeli kabul edildiğinde, başta hekim, alıcı ve alıcının yakınları olmak üzere, nakille ilgisi olan herkes, vericinin bu konuda mevcut ve geçerli bir rızasının bulunduğundan, dolayısıyla naklin caiz ve hukuka uygun olduğundan emin oldukları için hukuki bir ihtilaftan endişe etmelerine gerek yoktur[28].

bb. İtiraz modeli

Bu modele göre; ortada bir irade beyanı olmamasına rağmen organ alımını meşrulaştırır, alıcıyı himaye eder ve fakat vericiye de iradesini beyan etmek suretiyle biyolojik madde alımını engelleme imkanı tanımaktadır, çünkü bu modelle, ölünün ya da yakınlarının biyolojik madde alınmasına karşı herhangi bir itirazları olmadığı zaman, ölüden biyolojik madde alınması caizdir.

İtiraz modeline göre; ölüden biyolojik madde alınmasının yakınlarının şahsiyet hakları ile ilgisinin bulunmadığı, ölenin rızası yerine bu kimselerin rızasının ikame edilemeyeceği, dolayısıyla yakınlarının itiraz haklarının olmadığı ileri sürülmüştür[29]. Oysa böyle bir durumda yakınlar için de ölenin rızasının yeterli bir biçimde göz önüne alınmama tehlikesi ortaya çıkmaktadır[30]. Daha kısa bir anlatımla, sağlığında organ aktarması ile ilgili bir açıklamada bulunmayan bir kişiden organ alınması kabul edilmektedir.

cc. Zaruret Modeli

Bu konu kapsamında "zaruret hali"nden söz etmekte yarar vardır. Zaruret yani zorda kalma halinin varlığı halinde organ nakli için, vericinin kaza veya doğal afet sonucu vücudun uğradığı ağır zarar nedeniyle kişinin yaşamı sona ermeli, alıcının yaşamı organ ve doku nakline bağlı olmak ve aciliyet ve tıbbi zorunluluk bulunmalıdır.

28 AKINCI; a.g.e.; s. 125
29 ERMAN; a.g.e.; s. 223
30 AKINCI; a.g.e.; s. 127

Bu halin varlığı Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında açıkça da belirtilmiştir. Zaruret modeline göre; genellikle ölünün veya yakınlarının iradesi olmaksızın ve hatta onların açıkladığı iradenin aksine ölüden biyolojik madde alınması caizdir. Burada kendisinden biyolojik madde alınacak olan vericinin (veya yakınlarının) menfaati ile alıcının menfaati mukayese edilmekte ve sonuçta alıcının menfaati ağır bastığı için onun lehine karar verilmektedir. Bu düzenleme, ölen kişinin aleyhine sınırsız bir müdahaleye izin vermektedir. Bu yönüyle nakli son derece kolaylaştırmakta, alıcı lehine çok önemli imkanlar bahşetmektedir[31]. Yukarıda da belirttiğim üzere, bu halin varlığı zaten kanunun 14'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında da belirtilmiştir. Bunun aksine bir kabul, yasanın sınırlarının daraltılması anlamını da taşıyacaktır ki zaten maddenin bu fıkrasının uygulama alanındaki bütün koşullarının varlığının aranması ve değerlerinin tartılması yoluyla dengenin saptanması anlamını taşıyacaktır[32]. Burada hekim de *kanun hükmünü icra* hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanmaktadır.

dd. Türk Hukuku'nda Kabul Edilen Model

Bizim sistemimiz ölü vericiden yapılacak aktarmalarda kural olarak; vericinin rızasını aramış, bu konuda bir açıklık bulunmadığında ise yasanın 14'üncü maddesinde yer alan esası kabul etmiştir ve buna göre; "*sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya baba veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle*" nakil işleminin gerçekleşebileceğini belirtmiştir. Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14'üncü maddesinin birinci fıkrası da buna dayanak olarak gösterilebilir. Kanunun getirdiği bu düzenlemeye göre, önce ölen kişinin iradesinin araştırılması gerekir.

Yine aynı kanunun 14'üncü maddesinin ikinci fıkrası da; "*aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir*" diyerek itiraz modelini benimsemiştir. Görüldüğü gibi bizim hukuk düzenimiz, kural olarak rıza ve anlaşma modelini benimsemesine rağmen, istisnaen bazı hallerde itiraz modelini benimsemiştir[33].

Yukarıda da değindiğim bir istisnai model de zorunluluk halinin varlığında ortaya çıkan, zaruret modelidir. Yukarıda belirttiğim ve fakat burada da söz etmekte yarar gördüğüm kanunun 14'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında; "*ivedilik ve tıbbi zorunluluk*" bulunan durumlarda vasiyet veya rıza aranmaksızın biyolojik madde nakli yapılabileceği be-

31 AKINCI; a.g.e.; s. 129

32 ÜNVER, Yener; "Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer"; Seçkin Yayınları; Ankara 2003, s. 1036

33 GÖKCEN; a.g.m.; s. 79

lirtilmiştir[34]. Sonuç olarak şunu söyleyebilirim ki; Türk Hukuku, esas itibariyle rıza modelini benimsemiş olsa da; istisnai hallerde kanunun da belirttiği üzere itiraz ve zaruret modellerine de başvurmaktadır.

Ölü vericiden organ ve doku alınması ile ilgili olarak söylemek istediğim son husus, şekil açısından bu konunun değerlendirilmesidir. Ölümünden sonra cesedinden biyolojik madde alınmasına izin veren vericinin irade beyanının belirli bir şekle tabi tutulması, en azından bunun belgelendirilmesi genellikle kabul edilmektedir. Bir kimsenin cesedinden biyolojik madde alınmasına ilişkin irade beyanı, ölüme bağlı tasarruf şeklinde ortaya çıkar. Medeni Kanunumuz, şekli anlamda iki türlü ölüme bağlı tasarruf öngörmüştür. Bunlar; vasiyetname ve miras sözleşmesidir. Organ ve Doku Nakli Kanunu da vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için vericinin Medeni Kanun'un ilgili maddelerindeki geçerlilik şartlarına uygun hareket etmesini aramıştır. Oysaki uygulamada ise bir bağış kartının doldurulması suretiyle yapılan bağışlama işlemi geçerli sayılmaktadır[35].

2.XENO-TRANSPLANTASYON

Hayvanlardan organ ve doku nakli, organ bağışlayan ile organ alıcısının farklı türlere dahil olması durumunda söz konusu olmaktadır. Örneğin, bir insana domuz kalbinin nakledilmesi gibi. Tıbbi açıdan böyle bir naklin ortaya çıkarabileceği sorunlar, vücudun organı kabul etmemesi ve alıcının enfeksiyona yakalanma tehlikesidir[36].

Bu naklin en belirgin örneklerinden biri, hayvandan insana hücre, organ ve doku naklidir. Öncelikle bu tekniğin nasıl yapıldığını belirtmekte yarar vardır, zira bu teknik, diğer nakil türlerine oranla biraz daha karışık ve hukuk düzeni açısından da biraz daha göz ardı edilen bir tekniktir. Bu sistemde, nakil öncesi insana ait gen parçası gen tekniğine ilişkin bir müdahale ile, alıcı olan kişide ekme sonrası ortaya çıkabilecek reddetme tepkisini azaltmak amacıyla, verici durumunda bulunan hayvandaki hücrenin gelişim silsilesine eklenir. Gen parçasının hayvanların hücre gelişimine eklenmesiyle, ulaşılmak istenen değişiklikler kalıtsal ve kopyalanabilir hale gelir. Yani böylece çok küçük değişikliklerin de mümkün olabildiği yeni bir tür yaratılır. Genetik olarak değiştirilmiş hayvan organları ile birlikte gen aktarılmış olarak nitelendirilir. Hem gen aktarılmış hayvan ve hem de hücre-doku ya da organ nakli yapılmış insan, her ikisi de, yaşayan hayvan ya da insana ait hücre kendi bünyelerinde karıştığı için aşılanmış yani melez varlıklar olarak adlandırılır[37].

34 ERMAN; a.g.e.; s. 223

35 AKINCI; a.g.e.; s. 139 vd.

36 HAKERİ, Hakan; "Tıp Hukuku"; Seçkin Yayıncılık; 1. Bası; Ankara 2007; s. 441

37 SCHREIBER,Hans-Ludwig; "Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli, Hukuksal Görünüş"; Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi-2; Tıp ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 91 vd.

Bu teknik çok sınırlı bir şekilde yapılabilmektedir, zira bunun bir kanuni düzenlemesi yoktur. Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun geçerlilik alanı, insan organlarının, organ parçalarının veya dokularının bir başka insana nakli amacıyla bağışı ve alınması ve bu tedbirin hazırlanması da dahil olmak üzere nakli olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bu uygulamanın yapılması sınırlıdır. Kıyas da yapılamadığından 2238 sy. kanunu uygulamak da mümkün olmamaktadır.

Hayvanlardan organ ve doku nakli konusunda Organ ve Doku Nakli Kanunu uygulanamamaktadır. Bu durumda, hayvanlardan organ naklini yasaklayan bir hüküm söz konusu olmadığından, tıbbi müdahalelerin genel koşullarına uyulmak koşuluyla, mevzuatımız bunu yasaklamamaktadır. Ancak konunun bir de hayvanları ilgilendiren yönüne bakmak gerekir. Nitekim 5199 sy. Hayvanları Koruma Kanunu'nun 8'inci maddesine göre; *"hayvanların, yaşadıkları sürece, tıbbi amaçlar dışında organ veya dokularının tümü ya da bir bölümü çıkarılıp alınamaz veya tahrip edilemez."* Bu madde öncelikle hayvanlar öldüğü takdirde organlarının veya dokularının alınmasına izin vermektedir. Yaşayan hayvanlar ile ilgili olarak ise, bu işlemler kurak olarak yasaklanmakta ve buna bir istisna getirilmektedir. Tıbbi amaçlarla organ veya dokuların tümü ya da bir bölümü alınabilecektir. Burada bu kavram ile anlatılmak istenenin ne olduğunun belirlenmesi gerekir[38].

Görülmektedir ki ülkemizde, bu teknik henüz ilerleme bulmamış, daha doğrusu bu teknikle ilgili olarak hukuksal düzenlemeler yapılmamıştır. Bununla ilgili mukayeseli hukukta da hukuksal düzenlemeler bulunmamakla birlikte, Almanya'da bu konuyla ilgili olarak Ecza Yasası hükümleri ve hatta Hayvanları Koruma Kanunu hükümlerine başvurma imkanı tanınmaktadır[39].

C.TÜRK CEZA KANUNU BAKIMINDAN DOKU VE ORGAN NAKLİNİN HUKUKSAL BOYUTU

Türkiye'de organ ve doku nakillerinin uygulanmaya başlaması ile nakillerin yasallığı meselesi gündeme gelmiş ve bu konuyu düzenleyenbir yasaya ihtiyaç duyulmuştur.[40]Hakimler ve hekimler, organnaklinin yasal-

38 HAKERİ; a.g.e.; s. 442

39 SCHREIBER,Hans-Ludwig; "Hayvandan İnsana Organ, Doku ve Hücre Naklinin Hukuksal Düzenleme Çerçevesi- (Ulusal ve Uluslararası) "; Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi-2; Tıp ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 125 vd.

40 DÖNMEZER, Sulhi, "Organ Nakli", İstanbul Üniversitesi Hukuk FakültesiMecmuası, C.XLI, S.1-2, İstanbul 1975, 373-380; Yargıtay dahi organ nakli nedeniyle bir hekimin yargılanması davasında bu konudakiyasa boşluğuna dikkat çekmiştir,Y.4.CD., 3.6.1975 gün ve 1975/2433 E., 1975/3150 K. Sayılı Kararı.

lığı konusunda tereddütler yaşamış, bir çok organ naklibu nedenle ertelenmiş veya iptal edilmiştir.[41]İşte bu tereddütleri ortadankaldırmak ve organ naklini yasallaştırmak amacıyla, 1979'da 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanmasıve Nakli Hakkında Kanun" kabul edilmiştir[42].

Yeni TCK'nın yürürlüğe girdiği 2005 yılına kadar organ ve doku ticaretine ilişkin tek kanuni düzenleme 2238 sy. "Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun"du. Ancak yeni TCK'nın 91'inci maddesi ve devamı organ ve doku ticareti suçunu düzenlemiş ve bu nedenle de Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun konuya ilişkin 15'inci maddesini yürürlükten kaldırmıştır. Ancak Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 10'uncu maddesinde belirtilen uzman, araç, gereç ve personele sahip olmama durumunun cezalandırılması açısından yine Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 15'inci maddesi uygulama alanı bulacaktır. TCK'nın 91'inci maddesinin başlığı organ ve doku ticareti olarak belirlenmiştir. Başlıkta tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınmasına dair herhangi bir ibare yoktur. Ancak maddede organ ticaretinin yanı sıra organ alım muhafazası da cezalandırılmaktadır. Bu nedenle, başlık madde metni ile uyuşmadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir[43]. Organ ve doku ticareti suçunu, suçun unsurları bakımından teker teker açıklayacak olursam;

1. SUÇUN KONUSU VE KORUNAN HUKUKSAL YARAR

Organ ve doku ticareti suçunda suçun konusunu insan vücudu oluşturur, çünkü suç yaşayan ve ölü insanlara yönelik olarak işlenebilmekte ve insan vücudu da organ ve dokulardan oluşmaktadır[44].

Organ ve doku ticareti başlığı altında düzenlenen TCK'nın 91'inci maddesi ile öncelikle kişinin *yaşam hakkı* korunmak istenmektedir. İkinci olarak organ ve doku ticareti olarak ifade edilen suçun ikinci olarak korumak istediği hukuksal yarar *vücut bütünlüğüdür*. Yine bu suçla ilgili olarak korunmak istenen üçüncü hukuksal yarar da *kişinin irade hürriyetidir*[45]. Son olarak bu suç ile korunan hukuksal yararı *insan onuru* olarak söyleyebiliriz, çünkü insan onuru bugün kültürler arası ve ulusal, toplum-

41 EREM, a. g. e., s.707.; 2238 sayılı yasanın gerekçesinde, yasadan önceki bazı organ nakillerinde hekimlerincezai sorumluluk yönünden adam öldürme, cesede saygısızlık, hırsızlık gibisuçlarla yargılandığı ancak Yargıtay'ın bu anlamda hekimleri hiç cezalandırmadığıvurgulanmıştır;

42 ATAMER, Yeşim M., "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı HukukiSorunlar", Milletlerarası Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan. S. 1-2, Yıl:1999-2000, 125-155.

43 SOYASLAN; a.g.m.; s. 135

44 AYDIN, Murat; "Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu"; Türkiye Barolar Birliği Yayınları- No: 142; Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları; Ankara 2008; s. 368

45 AYDIN; a.g.m.; s. 135

sal değerler üstü bir nitelik taşımaktadır. Bu niteliği gereği de insan onuru ceza hukuku tarafından korunması gerekli en asli değerlerdendir[46].

2. FAİL VE MAĞDUR

TCK'nın 91'inci maddesinde ifadesini bulan suçta canlıdan veya ölüden organ ve doku alma, organ ve doku satın alma, satma, satılmasına aracılık etme, hukuka aykırı olarak elde edilmiş organı saklama, nakletme, aşılama, menfaat karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama fiillerini gerçekleştiren kişi açısından herhangi bir özellik aranmamıştır. Yani fiil bir hekim tarafından işlenebileceği gibi hekim olmayan üçüncü bir kişi tarafından da gerçekleştirilebilir[47].

Organ ve doku alma ve satma fiillerinde hem alan hem de satan söz konusu olduğu için burada çok failli bir suç olduğu söylenebilir. Organ veya dokuyu satan ile ifade edilmek istenen organ veya dokunun alındığı kişi değil onun dışında birisi de olabilecektir. bu suçun tüzelkişilik faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ise tüzelkişilere ilişkin güvenlik tedbirlerine hükmolunur[48]. Burada TCK'nın 60'ıncı maddesi kapsamında burada *kazanç müsaderesi* uygulanacağı kanaatindeyim. Zaten burada *iznin iptali* güvenlik tedbirinin uygulanacağı da belirtilmiştir.

3. MADDİ UNSUR

Yaşayan bir kişiden oran ve doku alınması suçunda maddi unsuru organ veya doku alabilmek için gerçekleştirilen her türlü hareket olarak ifade edilmektedir. Bu nedenle canlılardan organ alınması serbest hareketli bir suç olarak nitelendirilebilecektir. Ölülerden organ ve doku alınmasında da hareketin nasıl gerçekleştirildiğinin önemi yoktur. Burada hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması suçun oluşması için yeterlidir. Hukuka aykırılık ise Organ ve Doku Nakli Kanunu çerçevesinde belirlenecektir. Örneğin; Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 12'inci maddesi, "*Alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır*" hükmünü içermektedir[49]. Bu konu kapsamında hareketin icrai olabileceği gibi ihmali şekilde de gerçekleştirilebileceğini belirtmekte yarar vardır.

46 ÜNVER; a.g.e.; s. 937
47 AYDIN; a.g.m.; s. 369 vd.
48 AYDIN; a.g.m.; s. 370 vd.
49 AYDIN; a.g.m.; s. 370 vd.

4. MANEVİ UNSURU

Genel olarak TCK'nın 91'inci maddesi ele alındığında kasten işlenebilen suçları söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Ölüden veya yaşayan birisinden organ ve doku alan kişi; organ ve dokuyu satın alan, satan, aracılık eden kişi; hukuka aykırı olarak elde edilmiş organı veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi; belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi kasten hareket etmelidir. Dolayısıyla suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir[50].

5. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Yaşayan insandan organ veya doku alınmasında kişinin hukuken geçerli bir rızasının olması halinde artık failin sorumluluğu olmayacaktır. Rızanın geçerli olarak kabul edilebilmesi için öncelikle kişinin rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibi olması ve rıza beyan etmeye yetkisinin olması gerekmektedir. İkinci olarak kişinin rızayı suç işlemeden önce açık veya örtülü biçimde vermesi gerekmektedir. Üçüncü olarak da rızanın hukuka uygunluğu sağlayabilmesi için suçun rıza konusu hak üzerinde işlenmiş olması ve kişinin rıza gösterdiği konuda tasarruf yetkisinin bulunması gerekmektedir. Ancak burada kişinin rızası olsa bile yaşamını mutlak surette sona erdirebilecek ya da tehlikeye sokabilecek organ ve dokuların alınması yasaklanmıştır. Bunun için verilen rıza da geçerli olarak kabul edilmeyecektir[51].

Bu konu kapsamın da TCK'nın 91'inci maddesi ile 130'uncu maddeleri arasındaki bağlantıyı da kurmakta yarar vardır. TCK'nın 130'uncu maddesinin ikinci fıkrası, bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan kişinin cezalandırılacağını belirtmektedir. TCK'nın 91'inci maddesinin ikinci fıkrası ise, hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınmasının cezalandırılacağını ele almaktadır. Burada öncelikle TCK'nın 130'uncu maddesindeki ölü ile 91'inci madde kapsamındaki ölü arasında bir ayrım olup olmadığının netleşmesi gerekmektedir. TCK'nın 130'uncu maddesindeki ölüden kasıt, gerçek anlamda ölü yani beyin ölümünün de ötesinde bir ölümden bahsedilmektedir. TCK'nın 91'inci madde kapsamında ise, sadece beyin ölümü gerçekleşmiş kimselerin girebileceği düşünülmektedir. Aslında böyle bir ayrım mümkün değildir. Buradan kast edilen fark, failin saikidir. Gerçekten de TCK'nın 91'inci maddesinde nakil amacıyla bir ölüden organ veya doku alınırken, TCK'nın 130'uncu maddesinde böyle bir amaç söz konusu değildir. Dolayısıyla failin nakil

50 AYDIN; a.g.m.; s. 376

51 AYDIN; a.g.m.; s. 378 vd.

amacı dışında hareket ettiği hallerde TCK'nın 130'uncu maddesinin ikinci fıkrasının gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir. Bununla beraber, ayrıca fikri içtima kurallarının da uygulanacağında şüphe yoktur[52].

Bu konunun kapsamında son olarak *zaruret hali*'nden bahsetmek gerekir. Zaruret hali, Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilmiştir. Bu fıkraya göre; kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle hayatı sona ermiş olan bir kimseden, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, hayatı organ ya da doku nakline bağlı olan kimselere, "*ivedilik ve tıbbi zorunluluk*" bulunan durumlarda vasiyet veya rıza aranmaksızın biyolojik madde nakli yapılabilir[53].

Burada "*ivedilik ve tıbbi zorunluluk*" kavramlarından "zaruret hali"ni anlamak gerekir. Eğer böyle bir zaruret hali varsa yani hastanın hayatı ancak organ ya da doku nakli kurtarılabilecekse ve bunun da bir an önce yapılması gerekiyorsa, ölünün vasiyeti veya rızası aranmaz. Ancak bu şekilde organ ya da doku alabilmek için, ölen kişi kaza veya doğal afetler dolayısıyla vücudunun uğradığı ağır harabiyet sonucu hayatını kaybetmiş olmalıdır[54].

Ceza kanunumuz bakımından duruma bakacak olursak; TCK'nın 92'inci maddesinde yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükme göre; zorunluluk halinin varlığında kişinin cezasında indirim yapılabileceği ve hatta ceza verilmeyeceği belirtilmiştir. Esasen ceza kanunumuzda genel nitelikli zorunluluk hali düzenlenmiştir. Oysaki burada, organ ve dokularını satmak zorunda kalan kişiler açısından da bu hüküm uygulanabilir olmasına rağmen, ayrıca TCK'nın 92'inci maddesinde özel bir hükmün sevk edilmesinin nedeni kanun koyucunun bu durumda TCK'nın 25'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş bulunan zorunluluk halinin ağır koşullarından ayrılmak istemesidir[55].

D. SUNİ DÖLLENME ve EMBRİYON NAKİLLERİ

Bu konunun içerisinde *yapay döllenme* ve *embriyon nakilleri* konusuna da, bu konu kapsamında bağlantılı olduğu için değinme gereksinimi duydum, zira embriyon naklinin ve suni döllenmenin de bir organ ve doku nakli türü olduğu kanaatindeyim.

---

52 HAKERİ; a.g.e.; s. 439

53 ARTUK, Emin- GÖKCEN, Ahmet- YENİDÜNYA, Ahmet Caner; "Ceza Hukuku Genel Hükümler"; Turhan Kitabevi; 2. Bası; Ankara 2006; s. 535

54 ARTUK- GÖKCEN- YENİDÜNYA; a.g.e.; s. 536

55 HAKERİ; a.g.e.; s. 440

1. YAPAY DÖLLENMELER

Yapay döllenme, erkek üreme hücrelerinin, normal cinsel birleşme olmaksızın, tıbbi bazı yöntemler kullanılarak, kadın üreme organına aktarılması ve bu şekilde döllenmenin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan müdahaledir. Yapay döllenme evlilik ilişkisi içerisinde (homolog döllenme) olabileceği gibi, evlilik ilişkisi dışında da (heterolog döllenme) gerçekleştirilebilir. Bu yapay döllenme şekillerinden hangisinin tıbbi müdahale niteliğine sahip olduğu ve bu nedenle de hukuka uygun sayılacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kimileri homolog döllenmeyi kabul edip hukuka uygun sayarken, heterolog döllenmeyi ise, hem hukuka hem de ahlaka aykırı görmüşlerdir. Ancak bugün hem tıp ve hem de hukuk alanlında yaşanan gelişim homolog döllenme şeklinin kabul edilmesi yönünde olmuştur. Heterologdöllenme ise, genellikle insan onuruna ve Anayasal güvence altında bulunan aileyi koruyucu hükümlere aykırılık oluşturacağı için kabul edilmemekte, hukuka ve ahlaka aykırı sayılmaktadır[56].

2. EMBRİYON NAKİLLERİ

Embriyon nakilleriyle erkek ve kadın üreme hücreleri dış ortamda döllendirilerek belli bir süre sonunda kadının rahmine yerleştirilmekte ve çocuğun doğumu sağlanmaktadır. Embriyon nakilleri dört şekilde gerçekleştirilmektedir. Bunlara kısaca değinecek olursam;

a. Yumurta kanallarının tıkalı olması gibi bir nedenden dolayı normal yollarla gebe kalması olasılığı bulunmayan evli bir kadından ve kocasından alınan üreme hücrelerinin dışarıda, özel bir ortamda, örneğin bir tüp içerisinde, döllendirilmesi yoluyla elde edilen embriyonun bir süre sonra kadının rahmine yerleştirilmesi.

b. Yumurtalıklarında problem bulunan bir kadının kocasından alınan üreme hücrelerinin, başka bir kadının rahmine yerleştirilmesi ve döllenmenin burada gerçekleştirilmesi biçimindedir. Döllenmiş yumurta belli bir süre sonra yabancı kadının rahminden alınarak, evli kadına aktarılmaktadır.

c. Evli kadın hamileliği sürdüremeyecek ve doğumu kaldırmayacak bir yapıdadır. Böyle bir durumda eşiyle gerçekleştirdiği normal cinsel birleşme sonunda oluşan embriyo yabancı bir kadının rahmine aktarılır ve çocuğa, doğuma kadar bu kadın tarafından bakılır. Doğum gerçekleştikten sonra çocuk, doğuran kadından alınarak karı- kocaya verilir.

d. Karı ve kocanın her ikisinin birden üreme yeteneğine sahip olmaması durumunda söz konusudur. Bu halde başka bir kadın ve erkeğin cinsel birleşmesi sonucu elde edilen embriyo, üreme yeteneği olmayan, ancak

56 ÇAKMUT; a.g.e.; s. 169 vd.

hamileliği devam ettirmek bakımından bir sorunu bulunmayan kadının rahmine aktarılmakta ve doğum gerçekleştirilmektedir. Bu yöntem aynı zamanda "doğum öncesi evlat edinme" olarak da adlandırılmaktadır.

Bu dört çeşit embriyon nakillerinden sadece ilki tedavi amacına yöneliktir ve tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilerek hukuka ve ahlaka uygun kabul edilmektedir. Diğer şekiller heterologdöllenmeye yakın nitelikte bulunduğundan hukuka ve ahlaka uygun olarak benimsenmemektedir. Ülkemizde halen yürürlükte bulunan mevzuatımıza göre embriyon nakillerine belli şartlarla izin verilmektedir. Kanuni düzenlemeye bakıldığında, embriyon nakilleri şekillerinden ilkinin benimsendiği görülmektedir[57].

E. HASTANE ve HEKİMİN ORGAN ve DOKU NAKLİNDEN DOĞAN HAKLARI, BORÇLARI ve SORUMLULUĞU

Hastane ve hekimin yapmış olduğu iş, niteliği itibariyle pek farklı olmadığı için, nakil sözleşmesinde hastane ile hekimin hakları, borçları ve sorumlulukları birlikte ele alınıp incelenmiştir. Bu nedenle "hastane ve hekim" kavramı kullanılmıştır. Buna rağmen zaman zaman hastane ile hekimin, özellikle borçları açısından farklılıklar olabilmektedir.

1. HAKLARI

Hastane ve hekimin alıcı ve vericiye karşı en önemli talepleri ücrete ilişkindir. Yapılan sözleşme gereğince hastane ve hekim, alıcı ya da vericiden veya her ikisinden birden hak ettikleri ücreti talep edebilirler. Bunun dışında alıcı ya da vericiden yapılan sözleşme çerçevesinde kendilerini planlanan operasyona hazır tutmalarını istemezler. Çünkü hem alıcının hem de vericinin diledikleri zaman bu operasyondan vazgeçme hakları mevcuttur. Hastane ve hekimin, aracı kurumla biyolojik madde temini konusunda bir sözleşme yapması da mümkündür. Böyle bir sözleşme yapılmışsa, kararlaştırılan biyolojik maddeyi aracı kurumdan talep edebilirler. Aracı kurumun haksız olarak edimini ifa etmekten kaçınması dolayısıyla bir zarar ortaya çıkarsa, hastane ve hekim, bu zararın tazminini aracı kurumdan talep edebilir[58].

2. BORÇLARI

Hasta ile hastane ve hekim arasında yapılan sözleşme:

- Tam hastaneye kabul sözleşmesi,
- Takviye doktor sözleşmeli tam hastaneye kabul sözleşmesi,
- Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olarak üçe ayrılmaktadır.

57 ÇAKMUT; a.g.e.; s. 174 vd.
58 ÖZTÜRKLER; a.g.e.; s. 218 vd.

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde, hastanın karşısında taraf olarak hastane bulunmaktadır. Hastanenin borcu, tıbbi tedaviyi sürdürme, hastayı barındırma ve onu yedirip içirmedir. Tıbbi tedavi teminini üstlenmiş hastane, tedaviyi yürütecek hekimi bulma borcunu da üzerine almıştır. Hekim ile hasta arasında bir sözleşme olmadığından hekim burada yardımcı şahıs durumundadır. Takviye doktor sözleşmeli tam hastaneye kabul sözleşmesi yapıldığı takdirde ise hastane, tıbbi tedavi, barındırma ve yedirip içirme gibi edimlerin tümünü borçlanmıştır. Fakat hastane ile birlikte, tıbbi tedavi edimini yapacak olan hekim de, borçlanmış bulunmaktadır. Bu nedenle tıbbi tedavi edimi bakımından hastane ile aralarında bir müteselsil borçluluk ilişkisi vardır. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi de iki şekilde kurulur. Birinci şekilde, hasta- hekim ve hastane arasında üçlü bir ilişki kurulmaktadır. Bu ilişkide, tıbbi tedavi edimi hekim tarafından üstlenilmekte, hastane ise hastayı barındırma ve yedirip içirme borcu altına girmektedir. İkinci şekilde ise, hasta ile hekim arasında bir tedavi sözleşmesi, hekim ile hastane arasında da kabul ve hastanenin imkanlarından faydalanma konusunda bir sözleşme yapılmaktadır. Hasta ile hekim arasında yapılan tedavi sözleşmesinde, hekim hastayı tedavi etme borcunu üstlenmiştir. Hastane ise, hekimle yaptığı sözleşme gereğince hastayı kabul etme, onu barındırma ve yedirip içirme edimlerini üzerine almıştır. Bu edimlerin borçlusu, hastane, alacaklısı ise hekimdir. Nakil sözleşmesinden hastane ve hekim için doğan asli edim yükümlülüğü, vericiden biyolojik maddeyi alma ve alıcıya nakil etmektir. Fakat bunun yanı sıra nakil ilişkisinden, aydınlatma, özen gösterme ve sadakat yükümlülüğü gibi bazı yan yükümlülükler doğar[59].

3. HEKİMİN ORGAN VE DOKU NAKLİ KANUNU'NDAN DOĞAN CEZAİ SORUMLULUĞU

Transplantasyon yapan bir hekim, mesleğini icra ederken kast veya taksirle TCK'nın kapsamında bir suç işleyebilir. Ancak söz konusu hekimler, diğer hekimlerden ayrı olarak yaptıkları transplantasyona yönelik eylemlerinden dolayı da 2238 sy. Kanun gereğince sorumlu tutulurlar.

Organ ve doku alan, saklayan, aşılayan ve nakleden bir hekimin eylemi, 2238 sy. Kanunla, başka bir kanunu ihlal etmeleri halinde eylemleri daha ağır bir cezayı gerektirmedikleri takdirde, 2238 sy. Kanuna göre cezalandırılır[60]. Bu konuda Yargıtay'ın kanun yürürlüğe girmeden önceki bir kararında; Yargıtay, tazminata hükmetmiş; ama suç oluşturmayacağına karar vermiştir[61].

59 AKINCI; a.g.e; s. 216

60 ÖZTÜRKLER; a.g.e.; s. 245

61 Kanunun yürürlüğe girmesinden önce hekimlerin yaptığı organ ve doku nakillerinin hukuki niteliği tartışılmış ve konu Yargıtay 4. CD'nin 3.6.1975 tarih ve 1975/2433 E.

SONUÇ

Organ ve doku nakli kişilik haklarını doğrudan doğruya ilgilendirdiği için önem taşımaktadır. Burada vücut bütünlüğüne yönelik olarak bir müdahale söz konusudur. Bu nedenle de gerek ölüden gerekse yaşayan kişilerden yapılacak olan organ ve doku naklinde hukuka uygun hareket edilmelidir. Bu açıdan kişilerin rızasının alınması ve bu rızanın alınmasında da kişilerin yeteri kadar aydınlatılmış olması gerekmektedir.

Ölülerden yapılacak olan organ ve doku naklinde, Organ ve doku Nakli kanunu'nun 14'üncü maddesinde belirtilen zorunluluk hallerinden herhangi birisi söz konusuysa ya da kornea gibi kişinin vücudu üzerinde değişiklik yapmayan organ ve doku alınmasında açık rıza şartı aranmamıştır. Ayrıca organ ve doku naklini uzman kişilerce ve yeterli miktarda araç ve gerece sahip sağlık kuruluşlarında yapılmalı ve naklin başarılı olabilmesi için gerekli tetkikler yeteri kadar yapılmalıdır.

Ayrıca gerçekleştirilecek olan organ ve doku nakli alıcıyı iyileştirmeye yönelik olarak yapılmalıdır. Hukuka aykırı olarak organ ve doku nakli söz konusu olacak olursa bu halde fail TCK m.91 kapsamında cezalandırılacaktır.

Sonuç olarak her türlü hukuki düzenlemeye karşın, yine de organ ve doku ile ilgili düzenlemelerin eksik olduğu kanısındayım. Örneğin hayvanlardan alınan organ ve dokular anlamında kanuni düzenleme bakımından eksikliler olması ve bilimin gelişmesiyle bu düzenlemelerin yetersiz daha doğrusu geri kalması hiç kuşkusuz ki büyük bir eksikliktir. Anayasal bir hak olan "*yaşam hakkı*" çerçevesinde yapılan modern gelişmelere hukuk düzeninin de ayakta durması bakımından, ayak uydurması gerektiği kanaatindeyim.

KAYNAKÇA

- **AKINCI**, Salih; "Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde(Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar"; Yetkin Yayınları, Ankara 1996
- **ARTUK,** Mehmet Emin- **GÖKCEN,** Ahmet- **YENİDÜNYA,** Ahmet Caner; "Ceza Hukuku Genel Hükümler"; Turhan Kitabevi; 2. Bası; Ankara 2006
- **ATAMER**, Yeşim M., "Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar", Milletlerarası Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan

ve 1975/3150 K. sy. Kararında ele alınmıştır. Yargıtay söz konusu kararında, ölüye müdahalede bulunan doktorun izinsiz olarak organ ve doku nakli için tazminata mahkum olabileceğini, ancak müdahalenin TCK. m. 178/2 anlamında bir suç oluşturmayacağını ve bu konuda kanun koyucu tarafından derhal ayrıntılı bir düzenleme yapılması gereğini ortaya koymuştur. (Nak. ÇAKMUT;a.g.e.; s. 158)

- **AYDIN**, Murat; "Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu"; Adalet Yayınevi; 1. Bası, Ankara 2008
- **AYDIN,** Murat; "Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu"; Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142; Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları; Ankara 2008
- **ÇAKMUT,** Özlem YENERER; "Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi "; Legal Yayıncılık; 1. Bası; İstanbul 2003
- **ÇAKMUT YENERER**, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003
- **DÖNMEZER**, Sulhi, "Organ Nakli", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XLI, S.1-2, İstanbul 1975, 373-380
- **ERMAN**, Barış; "Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu"; Seçkin Yayınları; Ankara, 2003
- **EREM**, Faruk; "Organ Nakli Hakkında Kanun", Yargıtay Dergisi, S.4, C.5, Ekim 1979, 707-718, s.712.
- **GÖKCEN**, Ahmet; "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler"; Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2000; Milenyum Armağanı
- **HAKERİ,** Hakan; "Tıp Hukuku"; Seçkin Yayınları; 1. Bası; Ankara 2007
- **KIYAK**, Fahrettin; "İnsandan İnsana, Cesetten İnsana Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu"; Yargıtay Dergisi 1975
- **ÖZTÜRKLER,** Cemal; "Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları"; Seçkin Yayınları; 2. Baskı; Ankara 2006
- **SARIAL**, Enis; "Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler"; Kazancı Hukuk Yayınları; İstanbul 1986, sayı 53
- **SCHREIBER**, Hans-Ludwig; "Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli, Hukuksal Görünüş"; Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi-2; Tıp ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2004
- **SCHREIBER**, Hans-Ludwig; "Hayvandan İnsana Organ, Doku ve Hücre Naklinin Hukuksal Düzenleme Çerçevesi- (Ulusal ve Uluslararası) "; Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi-2; Tıp ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2004
- **SOYASLAN**, Doğan; "Organ Nakilleri"; Roche Yayınları, Sempozyum Notları, sayı 1, 17 Kasım 2006
- **ÜNVER**, Yener; "Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer"; Seçkin Yayınları; Ankara 2003
- **ÜNVER**, Yener; "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri"

AİHM'İN PERİNÇEK KARARI: "SOYKIRIM İNKÂRI"/İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İKİLEMİNİN AŞILABİLİRLİĞİ

Av. Dr. Deniz AKÇAY

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Büyük Dairesi'nin 15 Ekim 2015 tarihli *Perinçek* kararıyla İsviçre Federal Mahkemesi'nin başvuranı, 1915 olaylarının bir Ermeni soykırımı olarak tanımlanamayacağı yolundaki ifadelerininin İsviçre Ceza Kanunu'nun (İCK) soykırımın inkârını düzenleyen mükerrer 261/4. maddesindeki suçu işlemiş olduğu gerekçesiyle cezalandırmasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) düşünce özgürlüğüne ilişkin 10. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır[1]. Büyük Daire kararıyla, AİHM'in daha önce 17 Aralık 2013 tarihli Daire düzeyindeki ihlâl kararı[2] da çok daha ayrıntılı gerekçelerle teyit edilmiş bulunmaktadır.[3]

Büyük Daire önündeki prosedüre, başvuran ve dâvalı İsviçre Hükûmeti dışında, Türkiye, Fransa ve Ermenistan Hükûmetleri ve ayrıca çok sayıda sivil toplum kuruluşu da müdahil sıfatıyla katılmış, Ermenistan Hükûmeti'ne de ayrıca duruşmada görüşlerini açıklama hakkı tanınmıştır[4].

Karar on lehte yedi aleyhte oy ile alınmıştır. Dâvalı hükûmetin AİHM yargıcı Helen Keller de, daha önce Daire düzeyindeki tutumunu yineleyerek ihlâl doğrultusunda oy kullanan yargıçlar arasında yer almıştır[5].

---

1 *Perinçek c. Suisse* (no. 27510/08), [GC], arrêt du 15 octobre 2015.

2 *Perinçek c. Suisse* (no. 27510/08), arrêt du 17 décembre 2013.

3 *Perinçek*, s. 120.

4 Association Suisse-Arménie, Fédération des Associations turques de Suisse romande, Conseil de Coordination des organisations arméniennes de France (CCAF), Association turque des droits de l'homme, le Centre Vérité, Justice, Mémoire et l'Institut pour l'étude du génocide et des droits de l'homme, Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme «LICRA», Centre de la protection internationale, un groupe d'universitaires français et belges. Başvuranın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması nedeniyle Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti AİHS'nin 36/1. maddesinde öngörülen müdahale hakkını kullanarak prosedüre katılmış, diğer hükûmet ve kuruluşlar ise AİHS'nin 36/2. maddesindeki düzenleme uyarınca **müdahil olma talebinde bulunma hakkını** kullanarak ve AİHM'in **izni** ile prosedüre katılmışlardır.

5 Keller'in Büyük Daire aşamasındaki prosedüre katılmamasına yönelik Ermenistan Hükûmeti'nin talebi Büyük Daire Başkanı tarafından reddedilmiştir, *Perinçek* 2015, par. 5. İsviçre Hükûmeti'nin duruşma yapılmaması ya da yapılırsa gizlilik kuralına uyulması yolundaki iki talebi de Mahkeme tarafından reddedilmiştir. *ibid*.par.6

Kısmen lehte kısmen aleyhte oy kullanmış olan Alman yargıç Angelica Nussberger ise, karara eklenen ayrı görüşünde, ihlâl lehine oy kullanmış olduğunu, ancak Mahkeme'nin ihlâl kararını dayandırdığı bazı gerekçelerine katılmadığı açıklamasında bulunmuştur[6].

Perinçek kararı, İsviçre Federal Mahkemesi'nin "Ermeni soykırımını" inkâr ettiği gerekçesiyle başvurana uyguladığı İsviçre Ceza Kanunu'ndaki (İCK) mükerrer 261/4. maddesindeki hükmün yorumuna getirdiği açıklığın ötesinde, tüm AİHS'ne taraf olan devletlerin konu hakkındaki tutumları açısından da geniş ve kalıcı sonuçları olabilecek nitelikler taşımaktadır. Olası sonuç ve yansımalarına değinilmeden önce, kararın olgusal dayanakları ile AİHM'in bunlara ilişkin hukuksal değerlendirmelerini özetlemekte yarar bulunmaktadır.

Başvuran, 2005 yılında İsviçre'nin Bern, Lozan ve Zürih şehirlerinde düzenlenen üç konferansta özetle, Türklerle Ermenilerin yüzyıllar boyunca bir arada barış içinde yaşamış olduklarını, ancak, Birinci Dünya Savaşı sırasında, Osmanlı Devleti'nin düşmana karşı mücadele verdiği bir dönemde, Ermenilerin yabancı güçlerin kışkırtmalarıyla Ruslarla işbirliği yapmaya itildiklerinini ve bu ortamda maruz kaldıkları katliam ve tehcirin soykırım olarak tanımlanamayacağı, soykırım iddiasının bir emperyalist yalandan ibaret olduğu görüşünü savunmuştur.

"İ*sviçre Ermenistan Derneği*'nin şikâyeti üzerine Lozan Polis Mahkemesi'nde başlayan yargılama sürecinde başvuranın ifadeleri, İsviçre'nin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 21 Aralık 1965 tarih ve 2106 A sayılı kararıyla kabul edilip 4 Ocak 1969'da yürürlüğe giren "*Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Irk Ayrımına ilişkin BM Sözleşme"*sini onaylaması çerçevesinde İCK'ya eklediği ve "*alenen, sözlü, yazılı, resim, hareket, fiili yollar ya da başka bir biçimde bir soykırımı inkâr eden, kaba bir biçimde küçümseyen veya haklı gösteren"* kişilerin en çok üç yıl hürriyeti kısıtlayan bir cezaya veya para cezasına mahkûm edilmesini öngören hüküm çerçevesinde değerlendirilmiş ve sonuçta, başvuran, İsviçre hukukunda kısa süreli hapis cezasının alternatifini oluşturan 90 günlük bir para cezasına mahkûm edilmiştir. Başvuranın, Lozan mahkemesi'nin kararının iptal edilmesi yolundaki talebi reddedildikten[7] sonra, temyiz başvurusunda bulunduğu İsviçre Federal Mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını 12 Aralık 2007 tarihinde onaylamıştır[8].

---

6 *Perinçek*, *Opinion partiellement concordante, partiellement dissidente de la juge Nussberger*, s. 122-125.

7 *Perinçek*, par.23-24.

8 *Perinçek,* par. 26.

Mahkûmiyet kararının İsviçre'de kesinleşmesinden sonra, başvuranın, 2008 yılında AİHM'e yaptığı başvuruyu inceleyen yedi üyeli Daire'nin 17 Aralık 2013 tarihli kararında, İsviçre Hükûmeti'nin, başvuranın maruz kaldığı mahkûmiyetin hukuka uygunluğunu kanıtlama doğrultusunda AİHM'e sunmuş olduğu gerekçelerin, ifade özgürlüğü kısıtlamalarının demokratik bir toplum açısından gerekli olması kıstasına uymadığı saptanarak, İsviçre'nin AİHS'nin ifade özgürlüğü ile ilgili 10. maddesini ihlâl ettiği sonucuna varılmıştır [9].

İsviçre Hükûmeti'nin, Daire kararının Büyük Daire tarafından yeniden incelenmesi yolundaki talebinin, AİHS'nin 43/2. maddesi uyarınca oluşan beş üyeli bir kurul tarafından kabul edilmesi üzerine, Daire kararının, AİHS'nin 43/1. maddesi uyarınca, açıklandığı tarihten itibaren üç ay içinde kesinlik kazanması önlenmiş, başvuru dosyası Daire kararıyla birlikte Büyük Daire'ye intikal etmiştir.

Ermeni iddialarının tartışılmasında ve, özellikle, 1915 olaylarının tarihsel bakımdan özgürce incelenebilmesinde belirleyici bir katkı sağlayabileceği kabul edilmesi gereken *Perinçek* kararı, ayrıca, AİHM'in ifade özgürlüğüne ilişkin içtihat zincirine de ifade özgürlüğünün genel olarak hangi kıstaslara göre sınırlandırılabileceği konusunda da yerleşik içtihadının doğrultusunda önemli yorumlar ekleyen bir karar niteliğini taşıdığı kabul edilmelidir.

Bu çerçevede, özellikle, Büyük Daire'nin madde itibarıyla yetkisi konusunda izlediği yaklaşım, başvurunun esasına ilişkin değerlendirmeleri, AİHM kararının "kurumsal"statüsü ve içtihadi değeri, karara yöneltilen eleştiriler ve kararın geleceğe dönük önemi üzerinde durulacaktır.

I. *Perinçek* kararında ön meseleler ve esasa ilişkin incelemenin temel parametreleri

AİHM Büyük Dairesi, başvurunun esasına girmeden önce iki "ön mesele" yi aydınlatmakta yarar görmüştür:

1. AİHM'in madde itibarıyla (*ratione materiae*) yetkisi ve soykırım

Mahkeme, başvurunun esasını incelemeden önce, başvuru konusunun özelliklerini dikkate alarak, madde itibarıyla yetkisinin sınırlarını hatırlatmak ihtiyacını duymuştur. Bu çerçevede AIHS'nin 19 ve 32/1. maddelerine atıfla yetkisinin "*Bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmeci Taraflar'a yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak*" ve "*..bu Sözleşme ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm*

9 *Perinçek* 2013 yukarıda zikredilen karar, par.129 ve 130.

sorunları" incelemek şeklinde belirlenmiş olduğuna işaret etmiş, ayrıca bu normatif referansa, Uluslararası Yugoslavya Ceza Mahkemesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi veya Lahey Adalet Divanı gibi cezai ya da başka nitelikte bir yetkisinin bulunmadığını da belirtmiştir[10].

Mahkeme, ayrıca, Osmanlı İmparatorluğu yönetimindeki Ermeni halkının 1915 yılından itibaren maruz kaldığı "kitlesel katliam ve tehcirin" (*massacres et déportations massives/massacres and mass deportations*) uluslararası hukuk anlamında soykırım olarak nitelenip nitelenemeyeceğini belirtmek zorunda olmadığını (*n'est pas tenue de dire/not required to determine*), bu konuda hukuken bağlayıcı herhangi bir (*dans un sens ou dans l'autre/one way or the other*) sonuca ulaşması noktasında yetkili olmadığını da vurgulamıştır[11].

Bu şekilde Büyük Daire, daha ilk baştan, yetkisinin, sadece İsviçre Federal Mahkemesi'nin başvuran hakkındaki mahkûmiyet kararıyla Sözleşme'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesinin ihlâl edilip edilmediği sorunsalıyla sınırlı olduğu mesajını vermek istemiştir.

Aslında, 17 Aralık 2013 tarihli Daire kararında da AİHM'in "tarihçiler ortamında devam etmekte olan bir tartışmanın konusunu oluşturan tarihi sorunlarda hakemlik yapma durumunda olmadığı"[12] belirtilmiş olmakla birlikte, soykırım konusunda yetkili olabilecek yargı organları hakkında herhangi bir ipucu vermemiş, yargı yetkisinin konu ve kapsamını belirleyen Sözleşme'nin 19. ve 32. maddelerini de zikretmemiştir.

Ayrıca, yetkiye ilişkin AİHS maddelerine atıfta bulunmaksızın, tarafların kendisinden 1915 olaylarının gerçekliğini araştırmasının ve bu olayların "soykırım" olarak nitelendirilmesinin yerindeliğini incelemesinin istenmediğini (*elle n'est pas amenée à se prononcer/it is not required to determine..*) belirtmiş olmakla, soykırım konusunun Daire tarafından bir yetki (*juridiction/jurisdiction*) sorunu olarak değil, talebe bağlı olarak incelenebilecek bir konu olarak algılanmış olduğunu da düşündürtmektedir[13].

Büyük Daire'nin Daire'ye göre yetki konusunda, daha açık ve özellikle bu konuda hangi koşullarla yetkisinin var sayılabileceğini belirtmesinin, "Ermeni soykırımı"nın tarihsel bir gerçek olduğunun kanıtlanmasına çalışılan Portekiz ve Montenegro yargıçlarının Daire kararına eklenen onyedi sayfalık kısmî karşı görüşleri[14] bakımından da anlam ve önem taşıdığı söylenebilir.

---

10 *Perinçek* , par. 101.

11 *Perinçek*, par. 102

12 *Perinçek*, 2013, par. 99.

13 *Perinçek*, 2013, par. 111.

14 *Perinçek* 2013, *Opinion en partie dissidente des Juges Vucinic et Pinto de Albuquerque*, s. 63-80.

2. AİHM yetkisinin AİHS'nin 17. maddesi açısından değerlendirilmesi

Ermeni "soykırımının" gerçekliği "açıkça saptanmış" (*clairement* établi) bir tarihsel olay olup olmadığını araştırma konusunda Sözleşme hükümleri açısından madde itibarıyla (*ratione materiae*) yetkisiz olduğunu vurgulayan AİHM, başvurunun esasına girmeden önce ne başvuranın, ne de dâvalı Hükûmetin gündeme getirmediği AİHS'nin 17. maddesinin Perinçek başvurusuna uygulanıp uygulanmayacağını re'sen incelemeyi uygun görmüştür.

Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik AİHS'nin 17. maddesine göre:

"Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerinin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma konusunda herhangi bir hak verdiği biçimde yorumlanamaz."

Sözkonusu maddenin Sözleşme'nin giriş bölümü ışığında da yorumlanmasında yarar bulunmaktadır Nitekim, Sözleşme'nin dayandığı temel değer ve ilkelerin belirlendiği giriş bölümünün dördüncü paragrafında Taraf Devletlerin "*..dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve korunması öncelikle, bir yandan gerçekten demokratik bir siyasal rejime, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin bağlılıklarını ..*" bir kez daha tekrarladıkları kaydedilmiştir.

Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının Sözleşme'nin siyasal temelindeki demokratik rejimi de tehlikeye atabilececeği fikrinden hareketle, gerek AİHM, gerek daha önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu uygulamasında özellikle antisemit, ırkçı, Nazi rejimini savunan, Yahudi soykırımını inkâr eden, şiddete teşvik eden söylemlerle ilgili başvuruların esasına girmeden kabul edilemez bulmuştur[15].

15 Örneğin, genel olarak, ırkçı söylemle ilgili *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays Bas*, no.8348/78,8406/78, Déc. de la Commission 11octobre 1979, DR 18 s. 187; Nazi rejimini övme ile ilgili *Kühnen v. Germany*, no.12194/86, Déc., DR 56 s, 213; Yahudi soykırımının bayağılaştırılması G*araudy c. France*, no.65831/01 [Déc] 24 juin 2003; ırkçı söylemle ilgili Müslümanlara karşı ırkçı söylemle ilgili *Norwood v. UK*, no. 2813/03, 16. novembre 2004; Yahudi düşmanlığı ile ilgili *Pavel Ivanov v. Russia*,35222/04 [Déc],20 February 2007; Kuzey Afrika kökenlilere karşı ırkçı söylemle ilgili *Seurot c. France*, no.57383/00[Déc], 18 mai 2014.

Mahkeme'nin, başvuranın, "Ermeni soykırımı"nın bir uluslararası yalandan ibaret olduğu tezini savunmasının demokratik bir rejimi ya da bu rejimin dayandığı değerleri tehdit edecek nitelikte olup olmadığı tartışmasını gündeme getirmesi, özellikle dâvalı İsviçre Hükûmeti'nin bu yönde bir savunmada bulunmamış olması dikkate alındığında, ilginç bir yaklaşım sayılabilir. Kaldı ki, ifade özgürlüğünün hangi gerekçelerle sınırlandırılabileceği konusunda klasikleşmiş *Handyside* kararında açıkça ifade özgürlüğünün sadece bilgilendirme veya fikirlerin serbestçe dolaşımı açısından değil,"... *Devleti ya da halkın herhangi bir kesimini incitecek, korkutacak ya da kaygılandıracak*" ifadeler açısından da AİHS'nin 10. maddesindeki güvencelerden yararlanacağı kabul edilmiştir[16].

AİHS'nin 17. maddesinin uygulanmasında da Büyük Daire'nin metodolojik bakımdan Daire'nin yaklaşımından ayrılmış olduğu görülmektedir: Daire, İsviçre Hükûmeti'nin, başvurunun 17. madde çerçevesinde kabul edilemez bulunması talebinde bulunmadığına işaret ettikten[17] sonra başvuranın ifadelerinin nefret söylemi ve şiddete teşvik niteliğini taşımadığına dikkat çekerek[18] başvuranın ifade özgürlüğünden yararlanma hakkını kötüye kullanmamış olduğunu kabul etmiş ve 17. maddeden kaynaklanabilecek bir gerekçe ile başvurunun dayanaktan yoksun sayılamayacağı sonucuna varmıştır[19]. Diğer bir deyişle, Daire, 17. maddedeki "hakkın kötüye kullanılması" kavramını kendi inisiyatifiyle bir kabul edilebilirlik koşulu olarak değerlendirmiş ve bu maddeyi "otonom"bir incelemeye tâbi tutmuştur[20].

Büyük Daire ise, yeniden 17. maddeye atıfta bulunmakla birlikte, başvuranın kullanmış olduğu ifadelerin nefret söylemi veya şiddeti tahrik edecek nitelikte olup olmadığı sorununun baştan çözümlenemeyeceğine işaret etmiş, bu problemin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplum açısından gerekli olup olmadığı incelemesi ile kesiştiğini kabul ederek 17. madde incelemesini esasa bağlamış[21] ve ancak 10. madde kapsamındaki ayrıntılı değerlendirmesini tamamladıktan sonra 17. madddenin uygulanmasına "mahal bulunmadığına" karar vermiştir[22].

16 "*..not only to "information" or "ideas" that are favourable received or regarded as innofensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population." Handyside v. United Kingdom*, Application no. 549/72, judgment of 7 December 1976, par. 49

17 *Perinçek* 2013 kararı, par. 43

18 *ibid*. par. 52.

19 *ibid*. par.54, 55.

20 Louis -Marie LE ROUZIC, *Négationnisme, génocide et abus de droit*, RDLF 2014, chronique no.11

21 *Perinçek*, par. 115.

22 *Perinçek*, par.282:"*Il s'ensuit également qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 17 de la Convention*".

Yaklaşımları farklı olmakla birlikte, gerek Daire'nin gerek Büyük Daire'nin, başvuru konusunu denetim mekanizmasının ötesinde, Sözleşme'nin temel "felsefesini" oluşturan demokratik değerler açısından da âdeta bir "sigorta" konumundaki 17. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı sorunsalına değinmesi, önemli bir başvuruda tarafların ileri sürmediği bir argümanı incelemek suretiyle sonuçta alınacak karara yöneltilebilecek eleştirilerin önünü almak kaygısıyla hareket etmiş olduğu düşünülebilir[23]. Bu şekilde, Perinçek başvurusunun Nazi propagandası, ırkçı nefret, Yahudi düşmanlığı içeren söylem kategorilerindeki başvurulardan farklı olduğu, 17. madde dolayısıyla başvurunun kabul edilemez bulunmasına yol açabilecek bir içeriğinin bulunmadığı mesajı da baştan verildiği gibi, bu değerlendirmenin ayrıca "doğrulamasının" da yapılacağı mesajı verilmiş bulunmaktadır.

Nitekim, Mahkeme'nin *Perinçek* kararından beş gün sonra açıkladığı Fransa aleyhindeki *M'Bala M'Bala* kararında, başvuranın, mizahi nitelikte bir gösteri sırasında kullandığı ifadelerin antisemit nitelikte olduğu ve tarihi gerçekliği kabul edilen bazı olayların sanatsal bir kılıf altında inkâr etmeye çalıştığı gerekçeleriyle başvurusu 17. madde gereğince kabul edilemez bulunmuştur[24].

Sonuçta AİHM, Perinçek başvurusunda, 17. madde gibi siyasal, hukuksal ve kültürel ilkelerin aksiyolojik değerlendirmesini de kaçınılmaz olarak gerektirecek yaklaşım yerine, ifade özgürlüğünün hangi koşullarda sınırlandırılabileceğini öngören AİHS'nin 10. maddesindeki içeriği açık, pozitif hukuk parametrelerinin değerlendirilmesine ağırlık vermeyi tercih etmiştir.

2. Perinçek başvurusunun esası: İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında uyulması gereken parametreler

AİHS'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesine uygulanabilecek sınırlamalar maddenin ikinci paragrafında ayrıntılı biçimde sıralanmış olduğu gibi, AİHM içtihatları da bu kıstasların ne şekilde uygulanması gerektiği konusunda önemli açıklayıcı yorumlar getirmiştir.

---

23 17. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yapılan ayrı oylamada dört yargıç 17. maddenin uygulanması gerektiği yolunda karşı oy kullanmış ve bu konudaki görüşlerini ayrıca karara eklemişlerdir, *Perinçek*, s.131-133.

24 *M'Bala M'Bala c . France*, [Déc], no. 25239/13, décision du 20 octobre 2015, kararın 40. paragrafına göre *".. la Cour souligne que si l'article 17 de la Convention a en principe été jusqu'à présent appliqué à des propos explicites et directs, qui ne nécessitaient aucune interprétation, elle est convaincue qu'une prise de position haineuse et antisémite caractérisée, travestie sous l'apparence d'une production artistique, est aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte.. »*

10. maddenin ikinci fıkrasına göre:

"*...Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının* önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve *tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir*."

Yerleşik AİHM içtihatlarının geliştirdiği inceleme şemasına göre, ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin AİHS'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki üç genel kriterin **tamamına** uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir: a) Müdahalenin kanunla öngörülmüş olması (*prévue par la loi/prescribed by law),* b) Müdahalenin maddenin ikinci fıkrasında belirtilen amaçlardan birine ya da birkaçına uygun olması, b) Müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olması. Bu üç parametre *Perinçek* kararında büyük bir titizlikle ve, özellikle, çok sayıda alt parametreler de dikkate alınarak "eksiksiz" tanımlanabilecek derecede irdelenmiştir.

a) Müdahalenin yasa ile öngörülmüş olması

Başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahale sonucunda mahkûm edilmiş olması, ilk bakışta, İCK'nın mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasına dayanması bakımından müdahalenin yasallığı açık olmakla birlikte, AİHM içtihadına göre, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın şekli bakımdan yasaya dayanması yeterli olmayabilir: Yasaya uygunluk kıstası, ayrıca, ulusal düzenlemenin, olayın cereyan biçimi çerçevesinde doğurabileceği sonuçların önceden tahmin edilebilmesini de gerektirmektedir [25].

Bu kriterle ilgili olarak, müdahil Türk Hükûmeti, İsviçre mahkemelerinin soykırım anlayışlarının aslında 1915 olaylarının soykırım oluşturup oluşturmadığı konusundaki bir değerlendirmesinin sonucu değil, İsviçre toplumundaki bu konuda oluşan bir kanaate dayandığı argümanını işlemiştir[26].

AİHM bu konuda, başvuranın, özellikle İsviçre Ulusal Konseyi'nin (*Conseil national*) daha önce 1915 olaylarını soykırım olarak tanımış olduğunu da dikkate alarak, ifadelerinin İCK'nın 261/4. maddesindeki hüküm gereğince cezai sorumluluğuna yol açabileceğini öngörmüş olmasının beklenebileceği varsayımıyla, kanunilik koşuluna uyulmuş olduğunu kabul etmiştir[27].

25 *Perinçek*, par. 131; *Sunday Times v. United Kingdom* (no.1), judgment of 26 April 1979, par. 48-49.

26 *Perinçek*, par. 129.

27 *Perinçek* , par. 138.

Alman yargıç Nussberger ise, karara eklenen kısmen karşı kısmen açıklayıcı görüşünde, AİHS'nin ihlâl edildiği yolunda oy kullanmış olduğunu vurguladıktan sonra, İCK'nın 261/4. maddesinin kaleme alış şeklinin İsviçre mahkemelerinin hangi olayların soykırım sayılıp sayılamayacağı konusunda yetkili olup olmadığının açık olmadığını savunmuştur. Yargıca göre, bu eksiklik nedeniyle bir uluslararası mahkemenin kararı ya da ulusal ve uluslararası planda bilimsel veya siyasal bakımdan oluşan bir görüş birliğine dayanacak durumda olmayan İsviçre Federal Mahkemesi, tarihsel nitelikte genel bir "*consensus*" gerekçesine atıfta bulunmakla yetinmek zorunda kalmıştır. Bu şekilde Alman yargıç, sözkonusu İCK maddesinin cezai nitelikte bir yaptırımı haklı gösterip gösteremeyeceği soru ve, hatta, kuşkusunu da gündeme getirmiştir[28].

b) Müdahalenin Sözleşme'de belirtilen meşru bir amaca uygun olması

AİHM, ifade özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamanın meşru bir amaca dayanıp dayanmadığını, AİHS'nin 10/2. maddesinde sayılan meşru amaçlardan İsviçre Hükûmeti'nin savunmasında üzerinde durduğu kamu düzeninin korunması ve başkalarının şöhret ve haklarının korunması kıstasları açısından incelemiştir[29].

aa) Kamu düzeninin korunması

Sözleşme'nin İngilizce metnindeki "*prevention of disorder*" kavramı ile Fransızca metnindeki "*défense de l'ordre*" kavramlarının farklı olduğuna da dikkat çeken AİHM, insan haklarının korunmasına yönelik bir denetim sisteminde iki farklı versiyonu birbirine yaklaştıracak en uygun yorumun sözkonusu kavramların en dar anlamlarında (*leur sens le moins large/ the less extensive meaning*) kullanılmasını gerektirdiği sonucuna varmıştır[30].

Kararda, İsviçre Hükûmeti'nin AİHM'e sunduğu görüşlerde değindiği kamu düzeni riski argümanının, daha önce başvuranı yargılamış olan mahkemelerce gündeme getirilmemiş olduğuna işaret edilmiş, Strazburg'daki prosedür aşamasında ileri sürülen bu "meşru" amacın gerçekliğinin başvuranın konferanslarının cereyan ettiği ortam açısından kanıtlanamadığı için "kamu düzeninin korunması" gerekçesi ikna edici bulunmamıştır[31].

---

28 *Perinçek*, *Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de la juge Nussberger*, s. 125.

29 *Perinçek*, par.143.

30 *Perinçek*, par. 151.

31 *Perinçek,* par. 154; aksine örnek: *Castells v. Spain*, Judgment of 23 April 1992 par. 39. Ancak, müdahalenin demokratik toplum kriteri açısından zorunlu olmadığı gerekçesiyle ihlâl kararı verilmiştir. *ibid*. par. 43.

bb) Başkalarının haklarının korunması

Mahkeme, bu başlık altında, 1915 olaylarının doğrudan mağdurlarıyla onların neslinden gelenlerin haysiyet (*dignité/dignity*) ve kimliklerinin (*identité/identity*) korunması argümanı kapsamında, İsviçre Federal Mahkemesi'nin özellikle diaspora Ermenileri'nin kimliklerini "Ermenilerin bir soykırıma maruz kaldıkları" fikri üzerinde inşa etmiş oldukları yolundaki argümanını kabul etmekle birlikte, başvuranın ifadelerinin Ermenileri aşağılayıcı, onları haysiyetlerinden mahrum edecek, insanlıklarını küçümseyecek nitelikte olmadığına işaret etmiştir.

Öte yandan, başvuranın "Ermenilerin emperyalist güçlerin" âleti oldukları, "Türk ve Müslüman halkların katliamına katıldıkları" yolundaki ifadeleri dolayısıyla, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın Ermenilerin korunması çerçevesinde meşru bir amaç sayılabileceğini kabul etmiştir[32].

3. Müdahalenin demokratik toplum açısından gerekli olması

İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların demokratik toplum değer ve ilkelerinin korunması açısından gerekli olması kıstası, kararda ayrıntılı biçimde irdelenmiştir. Bu bölümün "giriş"inde, AİHM, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların dar biçimde yorumlanması gerektiği, AİHM'in ulusal makamların yetki alanına müdahale etme gibi bir görevinin bulunmadığına işaret edilmiş, yetkisinin, ulusal makamlarca yapılan müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal gereksinim (*besoin social impérieux/pressing social need*) gerekçesiyle izah edilip edilemeyeceğini, güdülen meşru amaçla orantılı olup olmadığını ve dâvalı hükûmetin, bu çerçevede ileri sürdüğü gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığını denetlemekten ibaret olduğu belirtilmiş, ayrıca devletin siyasal söylemi sınırlandırabilme marjının daha dar olduğu vurgulanmıştır[33].

Bu "uyarılardan" sonra, Büyük Daire, İsviçre'nin ulusal yargı makamlarının, İCK'daki hükmün uygulanmasında, AİHS'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesi ile kişinin özel yaşamı ve ailesinin korunması hakkına ilişkin AİHS'nin 8. maddesi arasında dengeli bir yaklaşım izleyip izlemediğinin araştırılması kapsamında, a) İfadelerin niteliği, b) İfadelerin kullanıldığı ortam (*contexte/context*), c) Zaman faktörü, d) Yüksek Akit Taraflar arasında 1915 olaylarının soykırım olarak tanımlanması konusunda bir "*consensus*" oluşup oluşmadığı e) İsviçre'nin uluslararası yükümlülükleri nedeniyle soykırım inkârına yaptırım uygulama yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı f) Uygulanan cezanın ağırlığı, parametrelerini ayrı ayrı irdelemiştir.

32 *Perinçek*, par. 156-157.

33 *Perinçek*, par.196,197.

a) İfadelerin niteliği

Mahkeme'ye göre, başvuranın aleni toplantılarda, kitap, gazete ya da televizyon programlarında tarihsel olaylar hakkında kullandığı ifadeler, toplumu ilgilendiren konular olarak kabul edilmelidir[34]. Başvuranın ifadeleri tarihsel ve hukuksal içerikte olmakla birlikte, aleni bir toplantı sırasında açıklanmış olması, başvuranın tarihçi veya hukukçu olarak değil, bir siyaset adamı olarak hareket etmiş olduğunu göstermekte, söylemin şiddete, nefrete veya hoşgörüsüzlüğe kışkırtmaya dönüşmemesi kaydıyla korunmasında kamu yararı bulunmaktadır[35].

Büyük Daire, başvuranın, 1915 olayları bağlamında Ermeniler aleyhine bir nefret söylemi geliştirmediğini, Ermenileri "yalancı" olmakla suçlamadığını, hakaret sayılacak sözcükler kullanmamış olduğunu, Ermenilerin Türklerle asırlar boyunca yanyana barış içinde yaşamış oldukları ve her ikisinin de emperyalist komploların mağduru olduğu görüşünü savunmuş olduğunu dikkate almıştır[36].

Bununla da yetinmeyen Mahkeme, başvuranın ifadelerinin kullanıldığı ortam koşullarında nefrete ve hoşgörüsüzlüğe teşvik olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini de incelemiş, ancak, Yahudi soykırımını inkâr eden söylemlerden farklı olarak, başvuranın doksan yıl önce meydana gelen olaylar hakkında İsviçre'de savunduğu tezlerin ortam kıstası bakımından otomatik olarak ırkçı ve demokrasi karşıtı sayılamayacağını ve buna dair yeterli kanıt bulunmadığını da kaydetmiştir.

Kararda, ayrıca, başvuranın Talât Paşa komitesine üyeliğinin 1915 olaylarının soykırım niteliğini taşıdığı yolundaki – ve bu hususun İsviçre mahkemeleri tarafından incelenmediğine de dikkat çekilen- tezin reddedilmesi çerçevesinde anlaşılması gerektiği, Ermenileri aşağılamaya ve aleyhlerine nefreti kışkırtmaya yönelik olduğunu gösterecek kanıt bulunmadığı belirtilmiştir[37].

Sonuçta, AİHM, başvuranın ifadelerinin "sert" (*virulents/virulent*) ve başvuranın da görüşlerinde tâvizsiz (*intransigeant/intransigent*) olduğunu kaydetmekle birlikte, ifadelerinin, nefret, şiddet veya hoşgörüsüzlük çağrısı içermediğini vurgulamış[38], kamu yararı bulunan bir sorunla bağlantılı olması nedeniyle AİHS'nin 10. maddesindeki güvencelerden

34 *Perinçek*, par. 230.

35 *Perinçek*, par. 231.

36 *Perinçek*, par. 233; *Seurot*, yukarıda zikredilen karar, par. 40; *Giniewski c.France*, no. 64016/00 , arrêt du 31 janvier 2006, par. 45-49.

37 *Perinçek*, par. 234.

38 *Perinçek*, par. 239.

yararlandırılması gerektiğine ve bu bakımdan İsviçre makamlarının ifade özgörlüğünün sınırlandırılması konusundaki takdir yetkilerinin sınırlı olduğuna işaret etmiştir[39].

b) İfadelerin kullanıldığı ortam

Mahkemeye göre, ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının, "zorlayıcı bir toplumsal gereksinime" dayanıp dayanmadığının araştırılması, olayların cereyan ettiği ortamın (*contexte*) koşullarının da incelenmesini gerektirmektedir. Bu noktada, kararda, Ermeni soykırımı iddialarıyla Yahudi soykırımı (*Holocauste*) arasında önemli bir farka dikkat çekilmektedir: Almanya. Avusturya, Belçika ve Fransa gibi ülkelerde, Yahudi soykırımının inkârının cezalandırılması, bu soykırımın kesinlikle saptanmış bir "olaya" dayanmasından çok, tarihsel geçmişlerinin deneyimiyle bu tür inkârın arkasında tarafsız bir tarihsel araştırma kılıfı altında daima antidemokratik ve antisemit bir ideolojnin gizlenmesi ve bu konuda sözkonusu ülkelerin taşıdıkları ahlâki sorumluluk duygusuyla izah edilmelidir[40].

Buna karşılık, karara göre, 1915 ve sonraki yıllarda, Osmanlı İmparatorluğunda meydana gelen olaylar ile İsviçre arasında, bu ülkede, bir Ermeni cemaatinin bulunmasının ötesinde, doğrudan bir bağlantı bulunmadığı gibi, başvuranın ifadelerini kullandığı dönemde İsviçre'de gergin bir ortamın hâkim olduğu veya sözkonusu ifadelerin orada yaşayan Türkler ile Ermeniler arasında ciddi sürtüşmelere yol açtığı da söylenemez[41].

Kararda, ayrıca, başvuranın ifadelerinin Türkiye'deki Ermeniler aleyhine bir"nefret" söylemine yol açtığı yolundaki iki sivil toplum kuruluşunun iddialarının isabetini ortaya koyacak bir kanıtın bulunmadığına dikkat çekilmiş [42], Hrant Dink cinayetinden sonra, Türkiye'de bazı "aşırı milliyetçi" çevrelerin (*cercles ultranationalistes/ultranationalist circles*) Ermeni cemaati aleyhindeki gösterilerinin (*hostilité manifestée/hostility*) başvuranın İsviçre'deki ifadelerinin sonucu olduğuna ilişkin iddianın da kanıtlanamadığı belirtilmiştir[43].

c) Zaman faktörü

Mahkeme'ye göre, başvuranın ifadelerinin doksan yıl önce cereyan etmiş olaylarla bağlantılı olması hem içeriğinin ulusal makamlarca denetiminin daha dikkatli yapılmasını gerektirmekte hem de yapılan müda-

39 *Perinçek*, par. 241.
40 *Perinçek*, par 243.
41 *Perinçek*, par. 243-244.
42 *Perinçek*, par.246.
43 *Perinçek*, par. 247

halenin demokratik toplum için zorlayıcı gereksinim sayılma özelliğini azaltmaktadır[44].

d) İfadelerin Ermeni cemaatinin üyelerinin haklarına halel getirip getirmediği

AİHM, başvuranın ifadelerinin Ermeni cemaati üyelerinin haklarına tecavüz edip etmediği tartışmasını, sözkonusu grubun üyelerinin haysiyet ve kimlikleri açısından olmak üzere iki kıstas temelinde yürütmüştür: Ermeni cemaati üyelerinin haysiyeti bakımından AİHM, başvuranın saldırgan sayılabilecek ifadelerinin Ermenilere yönelik olmayıp, emperyalist güçleri hedef aldığına, "Ermenilerin Türkleri ve Müslümanları öldürdükleri" yolundaki sözlerinin ise Ermenilerin katledilmeyi hakettikleri ya da yok edilmelerini gerektirdiği anlamını taşımadığına, kaldı ki, aradan geçen zamanın bu sözlerin Ermeniler için özellikle yaralayıcı (*offensantes/so wounding*) sayılamayacağına işaret etmiştir[45].

Öte yandan, Ermenilerin ulusal kimliğine yönelik saldırı iddiası açısından da, karara göre, ulusal kimliği ilgilendiren özellikle hassas tarihi olayların tartışma konusu edilmesinin, tek başına, yönelik olduğu kişilerin kimliğini ağır biçimde inciteceği varsayılamaz. Başvuranın, katliam ve tehciri inkâr etmemiş olduğu da gözönünde bulundurularak, Ermeni cemaatinin haysiyet ve kimliğine tecavüz edildiği iddiası reddedilmiştir[46].

aa) 1915 olaylarının "soykırım" olarak tanımlanmasında "*consensus*" oluşmuş mudur?

Kararda, genel olarak, soykırım ve diğer tarihsel olayların inkârının farklı değerlendirildiğine dikkat çekildikten sonra, İsviçre'nin soykırımın inkârında, söylemin nefret ve şiddeti kışkırtıcı içeriğinin bulunmadığı durumlarda bile inkârı reddetmekle uluslararası inkâr uygulaması yelpazesinin en aşırı ucunda yer aldığına işaret edilmiştir. Ayrıca, soykırım inkârına ilişkin her ulusal düzenlemenin farklı faktörlere dayandığı gözönünde bulundurularak, mukayeseli hukuk araştırmasının AİHM'in ulaşacağı sonucu fazla etkileyemeceğine de dikkat çekilmiştir[47].

ab) Müdahalenin İsviçre'nin uluslararası yükümlülüklerine dayandırılması

Başvuranın ifadelerine getirilen kısıtlamanın İsviçre'nin uluslararası yükümlülüklerinin ve özellikle BM Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilme-

44 *Perinçek*, par. 249, 250.
45 *Perinçek*, par. 252.
46 *Perinçek*, par. 253.
47 *Perinçek*, par. 256-257.

si Sözleşmesi'nin 4. maddesinin gereği olduğu yolundaki İsviçre argümanını da, AİHM, sözkonusu maddenin gerek açıkça gerek zımnen soykırım inkârının cezai nitelikte bir norm konusu edilmesini öngörmemiş olduğu gerekçesiyle reddetmiştir[48].

Bu çerçevede, Mahkeme, anılan BM Sözleşmesi'nin 4. maddesinin, "ırk üstünlüğü veya nefretine *dayanan fikirlerin yayılması, ırk ayrımına teşvik veya ırk, veya renk ya da diğer bir etnik kökene yönelik her türlü şiddet olaylarını ya da bu tür fiillere tahrik*" fiillerinin cezalandırılmasını öngördüğünü vurgulamıştır. Kararda ayrıca, İsviçre'nin bu çerçevede gerçekleştireceği düzenlemelerin aynı Sözleşme'nin 5. maddesindeki düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (5/d/vii) ile fikir ve ifade özgürlüğü (5/e/viii) hakkının anılan maddenin giriş fıkrasındaki "*(T)araf Devletlerin.... her türlü ırk ayrımcılığını yasaklamayı ve tasfiye etmeyi,ve herkesin ırk, renk veya ulusal veya etnik köken ayrımcılığına maruz kalmadan* ...) vicdan ve din özgürlüğü (5/d/vii) ile fikir ve ifade özgürlüğü (5/d/viii) haklarının da yer aldığı hakların kullanılmasında "*hukuk önünde eşitlik hakkını güvence altına almayı* öngörmüş .." olduğunun gözardı edildiğine dikkat çekilmiştir[49].

Mahkeme ayrıca, BM Soykırım Sözleşmesi'nin I/c maddesinin sadece "*doğrudan ve âlenen soykırım işlemeye* teşvik" fiilini düzenlediği, BM Medeni ve Siyasi Haklar Andlaşmasının 20/2. maddesinin de soykırımın inkârını değil, "*Ayrımcılığa, kin ve nefrete, veya şiddete teşvik eden herhangi bir ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığın savunulmasının*" yasaklanmasını düzenlediğini belirtmiştir[50].

Kararda, soykırım inkârının "soyut" biçimde cezalandırılması konusunda bir uluslararası örf ve âdet kuralının da oluşmadığı, BM İnsan Hakları Komitesi, BM Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Komitesi, BM İfade Özgürlüğü'nün Geliştirilmesi ve Korunması BM Özel Raportörü, Demokratik ve Adil bir Uluslararası Düzenin Geliştirilmesi BM Bağımsız Uzmanı'nın görev alanlarında kabul edilen deklarasyon ve tavsiye kararlarında da soykırım inkârının cezalandırılması konusunda norm sayılabilecek açıklıkta bir düzenlemenin öngörülmediği kaydedilmiştir[51].

e) Cezanın ağırlığı

Bu parametre açısından da, Mahkeme, İsviçre mahkemeleri tarafından başvurana uygulanan İCK'nın mükerrer 261. maddesindeki yaptırı-

48 *Perinçek*, par.260.
49 *Perinçek*, par. 261.
50 *Perinçek*, par. 264-265.
51 *Perinçek*, par.266-267.

mın bir ceza normu niteliğinde olmasının tek başına ciddiyet (*gravité de l'ingérence/severity of the interference*) arzettiğini belirtmiştir[52].

Büyük Daire kararının sonuç gerekçeleri

İfade özgürlüğüne AİHS'nin 10/2. maddesi uyarınca getirilebilecek "meşru" sınırlamaları tüm hukuksal, siyasal ve toplumsal özellikleri bakımından eksiksiz bir değerlendirmeye tabi tutan AİHM, başvuranın ifadelerinin kamu yararını ilgilendirdiğini, nefret veya hoşgörüsüzlüğe çağrı niteliğini taşımadığını, ifadelerin kullanıldığı ortamda kuvvetli bir gerginliğe yol açmadığını, İsviçre'nin tarihsel geçmişiyle ilgili olmadığını, ceza niteliğinde bir yaptırımı gerektirecek derecede Ermeni cemaatinin mensuplarının haysiyetine dokunmadığını, İsviçre'yi bu nitelikteki ifadeleri cezalandırmaya zorlayacak bir uluslararası yükümlülüğünün bulunmadığını, mahkûmiyet kararının başvuranın İsviçre'deki yaygın görüşlerden farklı bir görüş açıklamasında bulunmasına dayandığı izlenimini uyandırdığını, müdahalenin cezai nitelikte bir mahkûmiyet gibi ağır bir şekil almış olduğunu dikkate alarak, Ermeni cemaatinin haklarının korunması açısından müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı sonucuna varmıştır[53].

II. *Perinçek* kararının kurumsal ve içtihadi geleceği

Perinçek kararının "geleceğinin" bir yandan, AİHM'in herhangi bir ihlâl kararı olarak tabi olacağı statü, diğer yandan da önemli bir içtihat olarak yansımalarının ne olabileceği açılarından değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

1. *Perinçek* kararının "kurumsal statüsü"

Perinçek kararının herhangi bir AİHM ihlâl kararı gibi bağlayıcı olması niteliği dolayısıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (AKBK) tarafından denetlenecek bir icra edilme sürecine tabidir. Öte yandan, diğer Taraf Devletlerin uygulamasını da etkileyebilecek bir hukuksal sorunla ilgili önemli Büyük Daire kararlarının haiz olduğu ve yine AİHM içtihatlarına dayanan bir "**yorum/referans kaynağı oluşturma**" (*res interpretata*) statüsü bulunmaktadır.

a) *Perinçek* kararının İsviçre Hükû**meti tarafından icra edilmesinin denetlenmesi**

AİHM kararı tüm diğer ihlâl kararları gibi herşeyden önce AİHS'nin 46. maddesinde öngörülen denetim mekanizmasına tabidir. Buna göre:

52 *Perinçek*, par. 273.

53 *Perinçek*, par. 280,

"1. Yüksek Akit Taraflar, taraf oldukları dâvalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkeme'nin kesinleşen kararı, icrasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir".

Genel olarak, AİHM kararlarının icrasında karara uymak için alacakları önlemler konusunda dâvalı Taraf Devletlerin belirli bir takdir yetkileri bulunmaktadır. *Perinçek* kararında tazminata hükmedilmediği için ayrıca kararın açıklanmasından itibaren üç ay içinde tazminatın ödenmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Ancak, kararı "icra etme" kavramı tazminatın ödenmesi ile sınırlı olmayıp, gerektiğinde, ihlâlin tekrarlanmaması için alınması öngörülen önlemlerin de Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Direktörlüğü'nün (İHGD) aracılığıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (AKBK) üyelerinin bilgisine sunulması gerekmektedir. Bu genel şema, binlerce mahkeme kararının AKBK'da teker teker görüşüldüğü ve icra edilme aşamalarının bu organca belirlendiği anlamına gelmemektedir. AKBK'nın teknik imkânsızlıkları nedeniyle kararların icrası süreci, büyük ölçüde, ilgili devletin yetkili makamları ile İHGD Sekretaryası arasındaki temas ve yazışmalarla ilerlemektedir. Ancak, ilgili dâvalı devlet ile İHGD arasında önemli bir anlayış farkı olduğu ve/veya kararın içeriğinin kapsamlı önlemler alınmasını gerektirdiği durumlarda, AİHM kararı, AKBK'nın gündemine girmekte ve bu kurulun gizlilik kuralına tâbi toplantılarında görüşülmektedir. Bu aşamaya gelindiğinde ise, AİHM kararının icrası için ilgili Devlete yapılacak "siyasi baskı" nın derecesi AİHM kararının gördüğü siyasi "destek" ve "benimseme" ile orantılı olabilir. Şöyle ki, AİHM kararıyla saptanan ihlâlin bir an önce giderilmesi gerektiği kanaatinin ağırlık kazanması halinde, ilgili Devletten alması istenecek önlemlerin kapsamı da genişleyebilecek ve önlemlerin biran önce alınması için yapılacak "siyasi baskı" da artabilecektir. Tam aksine, kararın vardığı sonucun diğer AKBK üyeleri tarafından yeterli destek görmemesi durumunda, AKBK'nın asgarî sayılabilecek bir icra ile yetinip, kararı gündemden düşürmesi beklenebilir. Diğer bir deyişle, AKBK denetimi aşamasında, hukuksal ve kurumsal kaygılarla birlikte, siyasal yaklaşımların da ön plana çıkabileceği açıktır.

Bir AİHM kararının icra edilmesi, ilk planda, kararın ulusal dile çevrilmesi- ki Fransızca ve İngilizce olarak kaleme alınmış olan *Perinçek* kararı açısından bu tür bir yükümlülük yoktur- kararın öneminin belirtildiği ve ihlâlin tekrarlanmaması için dikkat edilmesi gereken hususların da yer aldığı açıklayıcı bir metinle yetkili makamların dikkatine sunulması gibi önlemleri kapsamaktadır.

İhlâlin bir yasa ya da bir idari düzenlemeden kaynaklandığı durumlarda ise benzer ihlâllerin tekrarlanmaması için yasanın veya idarî tasarrufun değiştirilmesi ya da tamamen iptal edilmesi gerekmektedir.

AKBK'daki görüşmeler gizli olmakla birlikte, AİHM kararların icrasının tamamlandığını saptayan nihai AKBK kararları (*final resolutions/résolutions finales*) ile denetimin önemli aşamalarını saptayan AKBK ara kararlarına (*interim resolutions/résolutions intérimaires*) ve AKBK toplantılarında görüşülecek raporlara internet üzerinden erişilebilir.

Perinçek kararının açıklandığı 15 Ekim 2015 günü yayınlanan Federal Adalet Ofisi'nin bildirisinde, İsviçre'nin "*en geç altı ay içinde*" AKBK'na sunacağı bir raporla kararın ne şekilde "uygulanmasının" öngörüldüğü, özellikle, Perinçek olayındaki Sözleşme ihlâline benzer ihlâllerin yinelenmemesi için alınacak önlemlere yer verileceği belirtilmiştir. Aynı bildiride, İsviçre'nin altı aylık süre içinde kararın uygulanması konusunda tam olarak "hesap verecek" *(rendre compte)* durumda olmaması halinde, alınmasını öngördüğü önlemler hakkında "*en azından*" *(au moins)* bağlayıcı bir plan sunmak "zorunda" kalacağı açıklanmıştır[54].

Kapsamlı bir icra şemasının "vaat edildiği" bildiriye karşılık, İsviçre Hükûmeti'nin 2 Şubat 2016 tarihinde *Perinçek* kararının icrası çerçevesinde İHGD'ne ilettiği "Eylem Bilançosu" (*Bilan d'Action*) sınırlı boyutlarda kalmaktadır[55]. AİHM kararının da özetlendiği sözkonusu icra planında:

- Bireysel önlemler açısından, 19 Ekim 2015 tarihinde Federal Mahkeme ile diğer doğrudan ilgili makamların karar hakkında bilgilendirildiği ve aynı çerçevede olmak üzere, Perinçek'in 29 Ocak 2016 tarihinde Federal Mahkeme'ye başvurarak federal yasanın 122 . maddesi uyarınca muhakemesinin iadesini istemiş olduğu,

- Genel önlemler kapsamında ise, *Perinçek* kararının AİHM'in içtihatları ile ilgili Raporda İsviçre'nin üç resmi dilinde yayınlanmış olduğu ve sözkonusu Raporun tüm kanton ve federal makamlara iletildiği, İsviçre Hükûmeti'nin, sözkonusu kararın, yerleşik uygulamaya uyarak, mahkemeler tarafından tam olarak dikkate alınacağı fikrinden hareket ettiğine işaret edilerek başka bir önlem alınmasının öngörülmediği (*aucune autre mesure n'est envisagée)* belirtilmiştir.

İsviçre Hükûmeti, AİHM kararının icrası çerçevesinde izlenmesine karar verdiği icra planını, AİHM'in İCK'nın mükerrer 261. maddesinin AİHS'nin 10. maddesine aykırı olduğu yolunda bir saptamada bulunma-

54 *Office Fédéral de la Justice* http://www.bj.admin.ch

55 DH-DD(2016)157 12/02/2016 *Bilan d'action: Perinçek c. Suisse* (Grande Chambre arrêt du 15 octobre 2015, Berne, le 2 février 2016).

mış olduğu, sözkonusu maddenin yeterli bir yasal temel oluşturduğunu kabul etmiş olduğu, anılan maddenin sadece Perinçek olayındaki uygulamasını eleştirmiş olduğu, kararın sözkonusu maddenin ihtiyatlı biçimde uygulanmasını gerektiriyorsa da, bazı durumlarda cezalandırmanın ifade özgürlüğüne uygun olacağı konusunda olanak sağladığı şeklinde savunmuştur.

Görüldüğü üzere, İsviçre Hükûmeti, AİHM kararını aslında yetkili makamların bilgisine sunmaktan ve sözkonusu makamların kararı gerektiği gibi uygulayacaklarına "güvenmekten" öteye gidecek bir önlem alınmasını tasarlamamaktadır.

Oysa, bu yaklaşımın kararın icrası bakımından hem yetersiz olabileceği hem de asıl önemlisi kararın dikkat çektiği bazı hususları gözardı ettiği söylenebilir:

- Mahkeme, genellikle, ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların kaynağında yasal bir düzenlemenin bulunduğu başvurularda kanunilik kriterine uyulmuş olduğunu kabul etmekle birlikte, bu saptama, kesinlikle, Sözleşme'nin ihlâl edilmediğinin garantisini oluşturmamaktadır. Çok sayıda başvuruda kanunilik ilkesine kısa bir cümle ile uyulduğunun saptanmış olmasına karşılık, 10. maddenin ikinci pargrafındaki meşru amaç ve demokratik toplum açısından zorunluluk kriterlerine aykırı olduğu gerekçesiyle AİHS'nin ihlâl edilmiş olduğu sonucuna varılabilmiştir[56]. Nitekim, *Perinçek* kararında da Mahkeme, açıkça İCK'nın mükerrer 261/4 maddesinin Sözleşme'ye uygunluğunu müdahalenin zorunlu olup olmadığı başlığı altında inceleyeceğini açıkça vurgulamıştır[57]. Bu bakımdan, Mahkeme'nin, müdahalenin İsviçre mevzuatındaki bir yasaya dayandığı için kanunilik ilkesine uyulmuş olduğu yolundaki saptamasından hareketle, İsviçre Hükûmeti'nin sözkonusu yasal düzenlemenin değiştirilmesine gerek olmadığı sonucunu çıkarmaması, en azından, "zorlayıcı toplumsal gereksinim" kıstası ile bağlantılı parametrelerin yetersiz veya dayanaksız bulunduğu AİHM kararından sonra, İCK'nın mükerrer 261/4. maddesinin ifade özgürlüğünün korunması açısından gerekli güvencelerden yoksun olabileceğini değerlendirmesi gerekirdi.

- Yine kanunilik ilkesiyle ilgili olarak, Alman yargıç Nussberger'in karara eklenen kısmen lehte kısmen aleyhte görüşünde de, özellikle, İCK'nın **mükerrer 261/4. maddesinin hangi fiillere uygulanacağının açık ol-**

56 Örneğin, *Couderc, Hachette-Philipacchi c. France* (no.40454/07),[GC], arrêt du 10 novembre 2015,par. 79; *Fressoz et Roire c. France*,(29183/95 [GC], arrêt du 21 janvier 1999, par. 42; *Case of Vajnai v. Hungary* (33629/06, judgment of 8 July 2008, par. 30-31; *Ceylan v. Turkey*,(23556/94), judgment of 8 July 1999, par. 25.

57 *Perinçek*, par.139.

madığı, maddenin hangi olayın soykırım oluşturduğu konusunda yargıcı "görevlendirdiği" yolundaki ayrıntılı eleştirel görüşleri[58] de anılan maddenin uygulamasının ihlâl riskine karşı "güvence" öngörmediğini ortaya koymaktadır. Hatta Nussberger'e göre yasadaki düzenlemenin belirsizliği nedeniyle ifade özgürlüğü maddi (*material*) bakımdan değil, usuli (*procedural*) bakımdan ihlâl edilmiştir[59].

- Aslında, kanunilik kıstasının Perinçek başvurusunda yetersiz kaldığı, en açık biçimde, bizzat Mahkeme tarafından kararın 261. paragrafında izah edilmiştir. Bu paragrafta Mahkeme, herşeyden önce BM Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Sözleşmesi'nin, soykırım inkârını değil, ırk üstünlüğüne dayanan veya ırk temelinde nefret söylemi oluşturan fikirlerin yayılmasını, ırk ayrımına teşvik edilmesini veya ırk, renk, etnik kökene dayalı bir gruba yönelik şiddet hareketlerinin veya bu tür fiilleri işlemeye tahrik edilmesini cezayı gerektirecek bir eylem olarak tanımlamış olduğunu kaydetmiştir. Mahkeme, aynı paragrafta -yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere- İsviçre'nin, anılan Sözleşme'yi onaylama prosedürü çerçevesinde, Sözleşme'nin 4. maddesindeki fiillerin cezalandırılmasında aynı Sözleşme'nin 5. maddesini de dikkate almayı öngörmüş olduğuna işaret etmiştir. Kararda, ayrıca, AK üyesi devletlerin BM Sözleşmesi'nin gerektirdiği düzenlemeleri gerçekleştirmeye davet eden AKBK'nın 48(30) sayılı Kararı[60] uyarınca da İsviçre'nin Sözleşme'nin 4. maddesini, 5. maddesindeki ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin kaydı da gözönünde bulundurarak, uygulama hakkını saklı tutmuş olduğuna dikkat çekmiştir.

Kararın bu açık ve ayrıntılı saptamalarına rağmen, İsviçre'nin, Mahkeme'nin yasal bir normun varlığını saptamakla şekli biçimde uyulmuş olduğunu kabul ettiği kanunilik kıstasını öne sürerek, karardaki soykırım inkârının ancak nefret söylemi niteliğini taşıması ya da şiddete teşvik unsurları içermesi halinde cezalandırılabileceği yolundaki mesajı gözardı ettiği söylenebilir. Ayrıca, İsviçre Hükûmeti'nin de geçmişte BM Sözleşmesi'nin 4. maddesinin, 5. maddesindeki ifade özgürlüğünün korunması gereği ışığında uygulanacağı yolundaki açıklamaları da dikkate alınırsa, kararın icrasını denetlemekle görevli AKBK'nın İsviçre'nin kanunilik kıstasına uyulduğu, dolayısıyla İCK'nın mükerrer 261/4. maddesinin aynen "korunabileceği" yolundaki tezini "sorgulaması" uygun olacaktır.

---

58 Yargıç Nussberger'in yukarıda zikredilen görüşü . *Perinçek*, s. 125

59 *ibid.*

60 31 Ekim 1968 tarihli sözkonusu 68(30) sayılı Bakanlar Komitesi Kararı Avrupa Konseyi üyesi devletlerinin BM Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Sözleşmesi'ni dikkate alarak ırk ve dinsel ayrımcılığa teşvikle mücadele çerçevesinde gerekli önlemleri almaları öngörülmekteydi.

b) Perinçek kararının "res interpretata" değeri

AİHM kararlarının icra edilmesi yükümlülüğü, ilgili dâvalı Devlete ait olmakla birlikte, özellikle önemli konularda içtihat oluşturabilecek AİHM kararlarının tüm Taraf Devletlerin yetkili makamlarının ve özellikle mahkemelerinin dikkate alması gereken yorumlar içerdiği kabul edilmektedir.

Res interpretata olarak bilinen bu ilke, AİHM'in geleceğinin şekillendirilmesi ve özellikle çok yüksek sayılara ulaşan bireysel başvuruların denetim sistemini felce uğratmasının engellenmesi amacıyla AİHS'ne taraf Avrupa Konseyi üye ülkelerinin İsviçre'nin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi başkanlığı sırasında 18-19 Şubat 2010 tarihlerinde düzenledikleri Interlaken Üst Düzey Konferansı'nın sonunda kabul edilen Bildiri metninde de yer almıştır[61]. Aslında ilkeye, daha önce de 1978 de AİHM'in İngiltere aleyhindeki İrlanda devlet başvurusuna ilişkin kararında da atıfta bulunulmuştu[62].

Res interpretata ilkesi, *Perinçek* kararındaki olgusal ve hukuksal özelliklere benzer veçheler taşıyan dâvalarda veya Perinçek başvurusundaki sorunsalı gündeme getiren ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açabilecek yasa tasarılarında, diğer AİHS'ne Taraf Devletlerin yargı ve yasama organlarının Mahkeme kararını dikkate almalarını gerektirmektedir. Bu çerçevede, "dikkate almak", referans AİHM kararıyla mutlaka aynı sonuca ulaşmak şeklinde değil, ifade özgürlüğüne getirilen veya getirilmesi öngörülen sınırlamanın, *Perinçek* kararının dayandırıldığı gerekçelerin ışığında Sözleşme'ye uygunluğunun değerlendirilmesi şeklinde anlaşılmalıdır.

III. *Perinçek* kararının Ermeni iddialarının "geleceği" açısından olası etkileri ve önemi

Gerek Daire, gerek Büyük Daire düzeyinde İsviçre Hükûmeti aleyhine alınan ihlâl kararının içtihadi değerinin yüksek olduğu söylenebilir: Soykırım inkârcılığı alanındaki çalışmalarıyla tanınan bir yazara göre, "*uzun ve kapsamlı müzakereler sonucunda alınan Büyük Daire kararı önemli*

61 Interlaken Bildirisi'nin Eylem Planı'ndaki « *res interpretata* » ilkesi: « *..taking into account the Court's developing case-law with a view to considering the conclusions to be drawn from a judgment finding a violation of the Convention by another State where the same problem of principle exists within their own legal system;..* » şeklinde belirlenmiştir. Konu hakkında ayrıca: Andrew DRZEMCZEWSKI, *Quelques Réflexions sur l'Autorité de la Chose Interprétée par la Cour de Strasbourg*, Mélanges en l'Honneur de Jean-Paul Costa, 2011, pp. 243-248.

62 *Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978 par. 154. « The Court's judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties ».

bir otorite olma vasfını uzun süre koruyacaktır"[63]. Hollandalı bir yazar ise *Perinçek* kararıyla Mahkeme'nin, ifade özgürlüğünün demokrasinin önşartı olup olmadığını sorgulayan (*questioning*) Avrupa Konseyi'nin düzenlemiş olduğu konferanstan tam bir gün sonra, demokrasinin, resmi makamlar veya halkın bir kısmı tarafından paylaşılan görüşlerden farklı görüşlerin dile getirilebilmesini güvence altına alması gerektiği konusunda güçlü bir mesaj (*robust statement*) verdiğini vurgulamıştır[64].

1. Perinçek kararındaki gerekçelerin uluslararası düzenlemeler bakımından "savunulabilirliği"

Büyük Daire, daha önce, Daire'nin incelemiş olduğu temel parametreleri daha da çeşitlendirerek derinleştirmiş ve, sonuçta, başvuranın ifadelerinin, ifade özgürlüğünden yararlanma hakkı ile üçüncü kişilerin haysiyetlerinin korunması gibi karşıt sayılabilecek iki değer arasında oluşması gereken dengenin sarsılmasına yol açmış olmadığını saptamıştır. Bu çerçevede, Ermeni "soykırımı" nın inkârını Yahudi soykırımının inkârından farklı bir ilkesel analize tâbi tutmuştur. Ermeni "soykırımı"nın inkârı, nefret söylemi ve/veya şiddete teşvik içerikli olmadığı sürece AİHS değerlerinin "jandarması" konumundaki Sözleşme'nin 17. maddesi gereği reddedilmesinin ya da ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin Sözleşme'nin 10. maddesinden yararlanamamasının sözkonusu olmaması gerekecektir. Benzer bir analiz yapmadan ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalelerle ilgili AİHM'e yapılacak olası başvuruların ihlâl kararıyla sonuçlanması riski yüksektir.

Mahkeme, Ermeni "soykırımı"nın inkârı ile Yahudi soykırımının inkârı arasında kesin bir çizgi çekerken[65] - genellikle kabul edildiğinin aksine - Yahudi soykırımının tarihsel gerçekliğinin saptanmış olduğu argümanından çok, her türlü tarihsel araştırma ve değerlendirmeden bağımsız

63 Nicolas HERVIEU, « Négation du génocide arménien:*Quelques conséquences après la décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, TV Info ile 17 Ekim 2015'te yapılan röportaj. Diğer bir yazara göre, karar şüphesiz ünlü bir karar olarak kalacaktır « *..demeurera sans doute célèbre* » Thomas HOCHMANN, *Négationnisme du génocide arménien: défauts et qualités de l'arrêt Perinçek contre Suisse, Revue des Droits et Libertés Fondamentaux,* 2015, Chronique no.27.

64 «*Just one day after the closing of the Council of Europe conference questioning whether freedom of expression still is a precondion for democracy,the Grand Chamber of Strasbourg made a robust statement that a democratic society must safeguard the right to express opinions that diverge from those of the authorities or any sector of the population.*" Dirk VOORHOOF, *Criminal conviction for denying the Armenian genocide in breach with freedom of expression,Grand Chamber confirms*, in Strasbourg Observers Blog, October 21, 2015.

65 15.10.2015 tarihli *Tribune de Genève* gazetesine göre, Büyük Daire kararının, Yahudi soykırımı ile Ermeni « soykırımı » na farklı yaklaşımların sergilenmesine son verileceğini uman İsviçre'deki Ermeni cemaatinde bir « gerileme » (*revers*) olarak algılanmış ve öfke ile karşılanmıştır.

olarak Yahudi soykırımını inkârın temelinde antidemokratik, ırkçı bir ideolojinin gizlendiğini kalıcı bir veri olarak vurgulayarak, bu kategorideki söylemi sürekli bir risk olarak değerlendirmiş, bu konuda âdeta bir "postülat" yaratmıştır. Buna karşılık, böyle bir "postülat"la ilişkilendirilmesi mümkün olmayan 1915 olaylarının ırksal/ulusal/dinsel nefret ve şiddete teşvik unsurları içermeyen tarih araştırmalarının ve genel olarak bu nitelikteki söylemlerin engellenmesine yönelik söylem ve faaliyetlerin cezalandırılması gerektiği iddiası da dayanaktan yoksun bırakılmıştır[66].

AİHM kararı, titizlikle ve derinlemesine incelenen AİHS'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğünü sınırlandırabilme koşullarının başvuruda gerçekleşmediğini yerleşik içtihatları ışığında saptamasının ötesinde, soykırım ve insanlık aleyhindeki suçların inkârına ilişkin uluslararası hukuk kurallarıyla da uyum içindedir. Kararın ilk bölümünde ayrıntılı olarak zikredilen sözleşme ve uluslararası örgüt uygulamalarından hiçbiri soykırım inkârını soyut ve mutlak biçimde cezalandırılacak bir fiil olarak tanımlamamakta, aksine, bu belgelerin bir kısmına ilişkin denetim mekanizmaları da, geçmişteki olayların araştırılmasını engellemenin uluslararası hukuka aykırı olacağına açıkça dikkat çekmiştir:

- 1948 Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesi soykırımın inkârı konusunu öngrmemektedir. Sözleşme'nin III. maddesine göre cezalandırılması gereken fiiller arasında ifade özgürlüğü alanıyla irtibatlandırılabilecek tek fiil maddenin c) bendinde "*Soykırım* işlemeye *doğrudan ve aleni surette kışkırtmak*" olarak belirlenmiştir. Bu çerçevedeki söylemsel faaliyetin ifade özgürlüğü hakkından yararlanacak niteliği bulunmadığı gibi, ceza hukuku bakımından bir "suça azmettirme" ve hatta, duruma göre, bir "suça iştirak" olarak nitelendirilmesi gerekecektir.

- Londra Anlaşması'na eklenen ve Nazi rejimi suçlularının yargılanması ve kişisel sorumluluklarının belirlenmesi ile görevli Uluslararası Askeri Mahkeme'nin Statüsünde soykırım ve insanlık aleyhindeki suçların genel olarak inkârı düzenlenmemiştir.

- Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre inkâr veya ifade özgürlüğü ile bağlantılı herhangi bir suç tarifi yer almamaktadır.

66 *Perinçek* Daire kararını değerlendiren bir İtalyan araştırmacıya göre AİHM, Yahudi soykırımının tek olduğu *(unicità)* ve Yahudi halkının soykırıma uğramasıyla Avrupa kıt'asında bir ulusalüstü insan hakları sisteminin kurulması arasındaki bağın bilincine kavuşmuşa (*cogliere la consapevolezza*) benzemektedir » Giulio Enea VIGEVANI, *Radici della costituzione e repressione della Shoah* , Associazione Italiana Costituzionalisti, 4/2014 s. 206-207. Son kararın da bu değerlendirmeyi daha ayrıntılı gerekçelerle doğruladığı açıktır.

- Ruanda'da 1994 yılında soykırım işleyen ve insancıl hukuku ihlâl edenleri yargılamakla görevli Ruanda Uluslararası Mahkemesi'nin Statü'sünde de inkâr suçu öngörülmemektedir.

- BM Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Sözleşmesi'nin 4. maddesinde "suç olarak cezalandırılması" istenen fiiller arasında "soykırım inkârı" veya ayrımcı muamelelerle bağlantılı bir "inkâr" suçu yer almamaktadır. Madde ırkçı propaganda ve faaliyetlerin yasaklanmasını düzenlemektedir.

- Medeni ve Siyasi Haklar Andlaşması'nda inkâr suçu öngörülmemiştir. Andlaşmanın uygulanmasını izlemekle görevli Komite'nin 2011 yılında Andlaşma'nın düşünce ve ifade özgürlüğü ile ilgili 19 ve 20. maddelerinin yorumu konusunda kabul ettiği 34 no.lu Görüş'te, özellikle, siyasal, bilimsel, tarihsel, ahlaki veya dinsel görüşlerin Andlaşma ile korunduğu, bu özgürlüklere getirilecek sınırlamalarda, kanunilik, meşru amaç, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uyulmasının ötesinde, müdahale konusu ifade açıklamasıyla tehdit arasında "*doğrudan ve derhal* bağlantı kurulması" gerektiği belirtilmiştir[67]. Aynı Görüş'te, tarihsel olaylar hakkındaki düşünce açıklamalarının cezalandırılmasının Andlaşma'ya aykırı olduğu, geçmişte cereyan etmiş olaylar hakkındaki yanlış fikirler veya olayların yanlış biçimde yorumlanmasının da **genel olarak** yasaklanmasının Andlaşma ile bağdaşmadığı vurgulanmıştır[68].

- Avrupa Konseyi sözleşmelerinden olan Sibernetik Suçluluk Sözleşmesi'ne Ek Protokol'ün 6. maddesi internet aracılığıyla işlenen soykırım ve insanlık aleyhindeki suçların inkârı ya da kaba biçimde azımsanmasının cezalandırılmasını öngörmüştür. Bununla birlikte, sözkonusu maddenin birinci fıkrasına göre, inkâr suçu **ancak,** Nazi rejimi suçlularının yargılanması amacıyla 1945'te kurulan Uluslararası Askerî Ceza Mahkemesi'nin görev alanına giren suçlar **ya da** uluslararası sözleşmelerle kurulan ve ilgili devlet tarafından yargı yetkisi tanınmış olan başka bir uluslararası yargı organı tarafından gerçekliği saptanmış olan suçlar açısından öngörülebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, Taraf Devlete, inkâr suçunun oluşmasını ırk, renk, soy, ulusal, etnik veya dinsel bakımdan belirlenen bir kişi veya grup aleyhine nefret, ayrımcılık ya da şiddete teşvik kasdıyla

67 « *…establishing a direct and immediate connection between the expression and the threat* » CCPR/C/GC34 , par. 35.

68 « *Laws that penalize the expression of opinions about historical facts are incompatible with the obligations that the Covenant imposes on State Parties in relation to the respect of freedom of opinion and expression. The Covenant does not permit a general prohibition of expression of an erroneous opinion or an incorrect interpretation of past events » ibid*. par. 49.

işlenmiş olması koşuluna tâbi tutma olanağını tanımaktadır. Hatta Taraf Devlet çekince getirerek birinci fıkrayı uygulamama olanağına da sahiptir[69].

- AİHM kararının da atıfta bulunduğu Avrupa Birliği'nin 2008/913/JAI kodlu Çerçeve Kararıyla cezalandırılması öngörülen fiillerin tanımlanmasında özellikle iki referans kaynak üzerinde durulmuştur:

1) Irk, renk, din, ulusal veya etnik kökenine göre tanımlanan bir grup ya da böyle bir gruba mensup bir kişi aleyhine **Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün** 6-8. maddelerinde belirtilen soykırım, insanlık aleyhindeki suçlar ve savaş suçlarının alenen inkârı veya kaba biçimde bayağılaştırılmasının sözkonusu grup veya kişi aleyhine şiddet **veya nefrete yol açması riskinin** bulunduğu durumlar.

Yukarıdaki fiillerin Nazi rejimi suçlularının cezalandırılmasını düzenlemiş olan Uluslararası Askerî Mahkeme'nin Şartı'na eklenen 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Anlaşmasıyla belirlenmiş olan suçların inkârı ya da kaba biçimde bayağılaştırılmasının birinci şıkta belirlenen grup veya kişi aleyhine şiddet veya **nefrete yol açması riskinin** bulunduğu durumlar.

Görüldüğü üzere, iki farklı kaynak referans zikredilmiş olmakla birlikte, suçun gerçekleşmesi açısından aranan **ortak** koşul, ifadenin şiddet veya nefrete yol açması riskidir.

Öte yandan, aynı maddenin 2. fıkrasına göre, üye Devletler, 1. fıkradaki fiilleri, **sadece** kamu düzenini bozma riski bulunduğu veya tehdit edici olduğu, küfür ya da hakaret niteliğini taşıdığı durumları kapsayacak şekilde cezalandırmayı öngörebilirler. Ayrıca 4. fıkrada da üye Devletlere sözkonusu inkâr fiillerini ancak bir ulusal yargı organının ve/ veya bir uluslararası yargı ya da sadece bir uluslararası yargı organı tarafından nihai bir kararla tanınmış olması koşuluna tabi tutma olanağı tanınmaktadır. Bu bakımdan, AB Çerçeve Kararı, soykırımın saptanmış olduğu durumlarda bile, "inkâr" suçunu soyut ve genel bir biçimde değil, AİHS'nin 17.ve 10. maddeleriyle ilgili AİHM içtihatlarının nefret söylemi (*hate speach*)ve şiddete teşvik durumlarındaki temel yaklaşımını benimsemiş olduğu söylenebilir[70].

---

69 1 Şubat 2016 tarihi itibarıyla 47 Avrupa Konseyi üyesinden 24'ü sözkonusu sözleşmeyi onaylamış olmakla birlikte, Danimarka, Finlandiya ve Norveç 6. maddedeki çekince olanağını kullanarak, bu maddeyi uygulamayacaklarını, Litvanya,Montenegro, Hollanda (Protokolü **sadece Avrupa kıt'asındaki ülkesi** açısından onaylamış), Polonya ve Ukrayna anılan maddeyi ancak söylemin nefret, şiddete teşvik ya da ayrımcılık gibi unsurların da gerçekleşmesi halinde cezalandırmayı öngördüklerini kayda geçirmişlerdir. Fransa'nın bu maddeye ilişkin açıklamasında ise maddenin 1. fıkrasındaki "başka bir uluslararası yargıdan" Fransa'nın bu niteliğini tanımış olduğu uluslararası mahkemelerin kasdedilmesi gerektiği belirtilmiştir

70 Paolo Lobba, *Criminaliser le négationnisme au-delà de l'Holocauste, Liberté pour l'Histoire*, janvier 2013.

Yukarıdaki örnekler, belli başlı uluslararası düzenlemelerin ve AB Çerçeve Kararı'nın genel bir inkâr suçu öngörmediğini ortaya koymaktadır. İnkâr suçunun öngörüldüğü uluslararası belgelerde ise cezalandırmanın ifade özgürlüğü hakkıyla bağdaştırılması koşulu aranmaktadır. Avrupa Konseyi çerçevesindeki sözleşme ise ancak Nazizm ya da bir uluslararası mahkeme tarafından saptanmış soykırımlara uygulanmaktadr. Ancak, cezalandırmayı nefret söylemi ve şiddete teşvik koşuluna tabi tutmak ve hatta çekince ile uygulanmasını bertaraf etmek mümkündür.

Ulusal alandaki uygulamalarda da herhangi bir yeknesaklığın bulunduğu söylenemez: İsviçre Hükûmeti'nin savunması çerçevesinde Mahkeme'ye sunduğu ondört Avrupa ülkesi ile ilgili 2006 yılına ait araştırmanın incelenmesinden inkâr suçunun cezalandırılmasında ortak bir tutum bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Mahkeme de, 2006 yılına ait sözkonusu araştırma hakkında o tarihten sonra özellikle Fransa ve İspanya'da yasal durumun değiştiğine dikkat çekmiştir[71].

2. "Soykırım" inkârına ilişkin Fransız uygulamasındaki bellibaşlı "**merhaleler"**

Bu çerçevede, özellikle, Fransız mevzuatının, genel olarak, soykırım ve insanlık aleyhine suçların cezalandırılması konusunda geçirdiği merhalelerin hatırlatılmasında yarar bulunmaktadır:

- 13 Temmuz 1990 tarihli Gayssot kanunu ile 29 Temmuz 1881 tarihli Basın Kanunu'na bir madde eklenerek, 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Anlaşmasıyla Nazi suçlularını yargılamakla görevli Uluslararası Askerî Mahkeme'nin Statüsü'nün 6. maddesinde belirlenen insanlık aleyhindeki suçların cezalandırılması öngörülmüştür[72].

- 29 Ocak 2001 tarihli bir yasa ile Fransa, "1915 Ermeni soykırımını" alenen tanımıştır.

- 18/11/2008 tarihli ve 1262 sayılı Bernard Acoyer raporunda, "hafızanın korunması" (*lois mémorielles*) yasalarının Fransız Anayasası'na aykırı olduğu görüşü savunulmuştur. Raporda atıfta bulunulan eski Adalet Bakanı Robert Badinter'e göre *"Fransız Anayasa'sının 34. maddesi Parlamento'ya tarihsel bir olay hakkında görüş beyanında bulunmaya*

71 *Perinçek*, par.90-91.

72 Anayasa Konseyi'ne yapılan bu başvuru ile ilgili olarak: Marie Boëton, *La contestation des crimes contre l'humanité devant le Conseil Constitutionnel*, La Croix 7/10/2015;Marie Boëton , *Le négationnisme passé au crible de la Constitution,* La Croix,8/12/2015.

izin vermemekte" ve bu nedenle Anayasa'ya aykırıdır[73]. Aynı raporda, Badinter'in, ünlü anayasa ve idare hukuku profesörü Georges Vedel'e atıfla sözkonusu "yasanın" 34. maddeye aykırılığı ötesinde kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı olduğuna işaret etmiş olduğu da hatırlatılmıştır[74].

- Fransız Ulusal Meclisi 12 Ekim 2006 tarihinde 19 oya karşı 106 oyla "Ermeni soykırımının" inkârına ağır cezalar getiren bir yasa kabul etmiştir. Ancak yasa Fransız Senatosu'na iletilmeden önce bloke edilmiştir. Daha sonra milletvekili Jean-Jacques Hyest'in 4 Mayıs 2011'de Senato'ya sunduğu kabul edilmezlik itirazının 74'e karşı 196 oyla kabul edilmesi üzerine yasa önerisinin oylamaya sunulması engellenmiştir.

- Fransız Ulusal Meclisi'nin 22 Aralık 2011 tarihli yasa tasarısı ile "Ermeni soykırımını" inkâr edenlerin bir yıl hapis cezası ve 45000 Euro para cezasına mahkûm edilmesi öngörülmüştü. Ancak, Ulusal Meclis'ten 75 milletvekili ve Senato'dan 82 senatör, sözkonusu tasarının normatif değeri olamayacağı ve ayrıca sadece soykırımlarla ilgili inkâra yönelik olduğu ve diğer insanlık aleyhine suçları kapsamadığı için "eşitlik" ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçeleriyle Fransız Anayasa Konseyi'ne (Conseil Constitutionnel) başvurmuştur.

- Anayasa Konseyi, 28 Şubat 2012 tarih ve 647 sayılı Kararıyla *"Yasa ile tanınmış soykırımların varlığının inkârını*[75] *cezalandırmaya yönelik Yasa"* tasarısının Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varmıştır[76]. Konsey, ifade özgürlüğünün önem ve değerini vurguladıktan sonra, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların güdülen amaç açısından zorunlu, uygun ve orantılı olması gerektiğini ve özellikle, bir soykırımını tanıyan yasanın gerekli normatif bir değeri olamayacağını, yasa koyucu, daha önce kendisinin suç olarak tanımlamış olduğu bir durumun inkârını suç olarak tanımlamakla ifade özgürlüğünü ihlâl etmiş olduğunu saptamış, yasa tasarısının, gerek suç tanımlanmasıyla ilgili birinci maddesinin gerek bu suçlarla ilgili dâvalara bazı derneklerin, özellikle, bu yeni ceza normunun sonuçlarını değerlendirebilmek (*pour tirer les conséquences de cette nouvelle incrimination*) açısından müdahil olmalarına imkân sağlayan ikinci maddesinin de Anayasa'ya aykırılığına karar vermiştir.

73 " *.. parce qu'à l'évidence, l'article 34 de la Constitution ne permet pas au Parlement de se prononcer ainsi sur un évènement historique"* Rapport d'information No.1262 du 18/11/2008, Président M. Bernard ACOYER *www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i1262.asp*

74 Yukarıda zikredilen rapor.

75 Aslında yasada kullanılan sözcük "*contestation*" olup, "tanımama", "tartışma" anlamını da taşımaktadır ki, inkârdan çok daha geniş kapsamlı olabilir.

76 «*La loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi est contraire à la Constitution* », Décision no.2012-647 DC.

- Anayasa Konseyi'nin 8 Ocak 2016 tarihli kararı ise Nazi tezlerine yakınlığı ile tanınan Vincent Reynouard'ın Basın Kanunu'nun mükerrer 24. maddesinin sadece Nazi rejiminin işlemiş olduğu insanlık aleyhindeki suçların inkârını cezalandırmasının, başka devletlerin işlediği insanlık aleyhindeki suçların ise cezalandırılmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu yolundaki iddiası, Yargıtay tarafından "öncelikli bir anayasaya uygunluk "sorunu" (*Question prioritaire de constitutionnalité*) olarak değerlendirilerek Anayasa Konseyi'ne iletilmiştir.

Türk, Ermeni ve diğer bazı sivil toplum kuruluşlarının da müdahil olarak katıldıkları prosedür sonucunda kabul edilen Anayasa Konseyi kararında, Nazi suçlarının inkârının cezalandırılmış olmasının bazı ağır antisemit ve ırkçı söylemlerin cezalandırılmasını amaçladığı, tarih hakkındaki tartışmaların yasaklanmasının bu düzenlemenin konusu ve sonucu olmadığı, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın güdülen amaç açısından zorunlu, uygun ve orantılı olduğu vurgulanmıştır[77].

Kararda, Fransız veya uluslararası bir yargı tarafından gerçekliği saptanmış insanlık aleyhindeki suçlar ile diğer bir yargı organı veya yasa tarafından insanlık aleyhine suç olarak tanınmış fiiller arasında fark olduğuna işaret edilmiş, farklı nitelikteki durumlara farklı düzenlemeler getirmiş olmasının 1789 İnsan Hakları Bildirisi'nin 6. maddesindeki kanun önündeki eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı gerekçesiyle Gayssot kanununun kapsamına giren İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen insanlık aleyhine suçların özü itibarıyla ırkçı, antisemit ve yabancı düşmanı olduğunu da dikkate alarak, 13 Temmuz 1990 tarihli Gayssot kanunu açısından eşitlik ilkesine aykırılık iddiasını reddetmiştir[78].

Görüldüğü üzere, *Perinçek* kararından önce de, Fransız anayasa hukukunda, Yahudi soykırımı dışında diğer soykırım ve insanlık aleyhine suçlar bakımından ifade özgürlüğünün korunmasına belirli bir öncelik tanındığı, Anayasa Konseyi'nin de bu konuda hem Fransız anayasa hukukunun özelliklerini hem de ifade özgürlüğünün Fransız kamu hukukundaki önemini dikkate alarak titizlikle davrandığı söylenebilir.

Öte yandan, internette yayınlanan bir haberden, *Perinçek* kararından sonra Fransa'daki Ermeni derneklerinn nezdindeki girişimini de dikkate alan Başkan François Hollande'ın 29 Ocak 2016 tarihinde eski AİHM Baş-

77 Décision no. 2015-512 QPC du 8 janvier 2016 « *...les dispositions contestées visent à lutter contre certaines manifestations particulièrement graves d'antisémitisme et de haine raciale...n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques..* »

78 *Ibid.* « *Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les dispositions de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 qui ne méconnaissent aucun droit ou liberté que la Constitution garantit doivent être déclarées conformes à la Constitution* ».

kanı Jean Paul Costa'yı "tartışılamayacak" bir yasa tasarısı hazırlamakla görevlendirdiği anlaşılmaktadır. Bu aşamada bu tür bir "çalışmanın" içeriği ve özellikle "âkibetinin" ne olabileceği kestirilememektedir.

Costa'nın, Perinçek olayında ifade özgürlüğü hakkının ihlâl edildiği önce Daire, sonra da Büyük Daire düzeyinde saptandıktan ve, ayrıca, Fransız Anayasa Konseyi'nin de "Ermeni soykırımını" tanıyan yasanın "inkârın" cezalandırılması açısından normatif değerden yoksun olduğunu saptamasından sonra, hazırlayabileceği yasa tasarısının yasallaşmasının da zor olabileceği düşünülebilir.

Bu çerçevede, Fransız tarihçilerinin hafıza yasaları hakkındaki genellikle olumsuz, yargılayıcı tavırlarının da gözardı edilmemelidir. Tarihin bir "din" olarak algılanmaması gerektiği, tarihçinin rolünün bir olayı yüceleştirmek (*exalter*) ya da yargılamaktan ibaret olmadığı, tarihin "hafıza" (*mémoire*) ile özdeşleşmediğinin vurgulandığı "*Liberté pour l'Histoire*" derneğinin 12 Aralık 2005 tarihli çağrısı[79] tarihçiler arasında önemli bir yankı bulurken, aynı derneğin başkanı ünlü tarihçi Pierre Nora tarafından 2008 yılında organize edilen Blois çağrısı (*Appel de Blois*) 49 ülkede 1374 tarihçi/entellektüel imzası toplamıştır.

Blois çağrısında, özellikle, tarihin geçmişe dönük olarak "ahlâkileştirilmesi" (*moralisation*) riskinden endişe duyulduğu, özgürlüğe önem veren bir devlette hiçbir makamın tarihsel gerçeği tanımlama yetkisinin (*autorité*) bulunmadığı vurgulanmış, siyasi kurumlardan hafıza yasalarıyla geçmiş hakkında Devlet gerçekleri ihdas etmemeleri istenmiştir[80].

Dernek başkanı Nora, ayrıca, dernek adına yayınladığı 5 Kasım 2015 tarihli bildirisinde de *Perinçek* kararından memnuniyet duyulduğunu açıklamıştır[81].

Resmî gerçekler ilân eden hafıza yasaları, özellikle tarihçiler ve aydınlar tarafından, bu tür yasaların, ifade özgürlüğünün sınırlandırmasının ötesinde, belirli "ayrıcalıklı" hafızalara dokunulmazlık sağlamakla tek taraflı "kutsamalara" da yol açtığı, "dondurulmuş" bir tarih anlayışına yol açtığı ve ulusları birbirine yaklaştıracağına ayrılıklarını "ebedileştirmeye" yaradığı şeklinde eleştirilmektedir[82].

79 *Liberté pour l'Histoire*, appel du 12 décembre 2005.

80 *Liberté pour l'Histoire* , appel du 13 octobre 2008.

81 *Affaire Perinçek*, Communiqué de Pierre Nora, président de *Liberté pour l'Histoire* du 5 novembre 2015.

82 Kenneth BERTRAMS et Pierre Olivier DE BROUX, *Du Négationnisme au Devoir de Mémoire*, Revue de Droit de l'Université de Bruxelles, vol. 35,2007, s.125.

3. *Perinçek* kararına yöneltilen belli başlı eleştiriler

1915 olaylarının "soykırım" niteliğini taşıdığı konusunda "consensus" oluştuğu, başvuranın ifadelerinin Ermenilerin haysiyet ve kimliklerine hakaret sayılması gerektiği yolundaki argümanların yer aldığı bazı müdahil Hükûmet ve sivil toplum kuruluşu ile birlikte, karara eklenen yedi yargıcın karşı görüşlerindeki eleştirilerin[83] esasen Büyük Daire kararıyla yanıtlanmış olduğu ve sözkonusu argümanların gerçekliği ve yerindeliği kanıtlanamadığı için Mahkeme tarafından reddedildiği gözönünde bulundurularak, ayrıca ve tekrar yanıtlanmasında lüzum görülmemektedir.

Buna karşılık, *Perinçek* kararına teknik, metodolojik ve aksiyolojik bakımdan yöneltilen bazı eleştirilerin belirli bir destek görmüş olduğu ve hatta ihlâl lehine oy kullanmış olan Alman yargıç Nussberger tarafından da bu tür eleştirilerin bir ölçüde paylaşıldığı da[84] gözardı edilmemelidir[85].

Bu kategorideki eleştiriler, özellikle, Büyük Daire'nin İCK düzenlemesi ile başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin değerlendirilmesinde zaman, ortam (*facteur temporel/contexte*), coğrafî faktörlerini de dikkate almış olmasında odaklanmaktadır. Yedi yargıcın karşı görüşlerinde, bu faktörlere yapılan atfın insan haklarının evrenselliği ilkesi ile bağdaşmadığı ileri sürülmekte, özellikle de, gerçekliği tartışmasız olan Holocauste'un da 20-30 yıl sonra inkâr edilmesinin mümkün olabileceğini ima eden bir soru ile polemik bir tırmanma beklentisi eğilimi de sergilenmektedir[86].

Özellikle ifade özgürlüğü ile ilgili başvurularda, başvuru konusu ifadeler ile bu ifadelerin dayandığı olaylar arasında geçen zamanın uzunluğunun 10. maddenin ikinci fıkrasındaki "gereklilik" kıstasına uyulup uyulmadığı açısından değerlendirilmesi Mahkeme'nin ilk kez Perinçek başvurusunda kullandığı bir inceleme parametresi değildir: Örneğin, İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanlarla işbirliği yaptığı suçlamasıyla mahkûm edilmiş olan Mareşal Pétain'in, aslında Nazilerin Fransız halkı

83 Yedi yargıcın karşı görüşlerinde, başvuranın tarihsel gerçeği tartışmasız olan Ermeni "soykırımı" tezini itibarsızlaştırmaya çalıştığı ve bir halka hakaret etmek saiki (*animus*) ile ırkçı, hatta şiddete teşvik sayılabilecek bir tutum sergilediği argümanı işlenmektedir. *Perinçek*, s. 127.

84 *Perinçek*, Nussberger'in yukarıda zikredilen kısmen lehte kısmen aleyhte görüşü, s. 124.

85 Daniel KURI, *La Question du Génocide des Arméniens à l'épreuve de la Grande Chambre de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Commentaire sur l'arrêt du 15 octobre 2015; Christos L. Angelopoulos, *"La Grande Chambre en quête d'un nouveau modus operandi ?"*, Revue des Droits de l'Homme http://revdh.revues.org/1727; Thomas HOCHMANN, yukarıda zikredilen makalesinde bu eleştirileri bir ölçüde paylaşmaktadır.

86 *Perinçek*, s.128.

üzerindeki baskısını hafifletmek saikiyle hareket ettiğinin (*ikili oyun politikası/politique du double jeu*) iddia edildiği ve Pétain dâvasının yeniden açılarak Pétain'in rehabilitasyonunun istendiği bir gazete ilânından dolayı mahkûm edilmiş olmalarının konu edildiği Lehideux ve Isorni başvurusunda, Mahkeme, müdahaleye yol açan yazının *Le Monde* gazetesinde yayınlanmasından kırk yıl önce meydana gelen olaylara dayandığını dikkate alarak, başvuranların bu yazıdan dolayı cezalandırılmış olmalarını, yazılarının Nazi işgali sırasında Fransız halkının çekmiş olduğu acıları canlandıracak ve yazıda savunulan tezin doğruluğu tartışılır nitelikte olsa bile, ifade özgürlüğüne bir müdahale olarak değerlendirmiştir[87].

İsviçre'nin, İkinci Dünya Savaşı sırasında müttefik saflarında yer aldığı yolundaki resmi tezlerin gerçeği yansıtmadığı, aslında İsviçre'nin Nazi Almanyası ile yakınlaşmaya çalışmış olduğu, Nazi parası aklamış olduğu ve sahipsiz kalan Yahudi servetlerine el koyduğu suçlamalarının yer aldığı "*L'honneur perdu de la Suisse*" (İsviçre'nin kaybolan onuru) adlı bir televizyon programının yayınlanmasının engellenmesine ilişkin İsviçre aleyhindeki *Monnat* kararında, Mahkeme, başvurunun gündeme getirdiği olayların sözkonusu televizyon programından elli yıl önce cereyan ettiğini dikkate alarak, halkı bilgilendirmeye yönelik bu tür bir yayının halk arasında tartışmalara yol açmış olduğunu kabul etmekle birlikte, alınan müdahale önlemlerinin 10. maddeyi ihlâl edildiğine karar vermiştir[88] .

Fransa aleyhindeki *Orban* kararında da, Mahkeme, anılarında, Cezayir savaşı sırasında terörist yöntemler kullananlara işkence ve yargısız infaz uygulanmak zorunda kalındığını anlatan General Aussaresses'in kitabını yayınlayan başvuranların cezalandırılmasını, kitabın yayınlandığı tarihten kırk sene önce meydana gelen olayların mağdurların acılarını canlandıracak nitelikte olsa bile tarih araştırmasına bir katkı niteliğinde sayılması gerektiğinden ifade özgürlüğünün ihlâl edildiğine karar vermiştir[89].

Perinçek kararında karşı oy kullanmış olan yedi yargıcın zamanaşımı ile ilgili "argümanları" ise iki açıdan bir kavram karışıklığı olarak değerlendirilmelidir: Birincisi, "zamanaşımı" kavramı AİHM'in zaman itibarıyla yetkisiyle (*ratione temporis*) ilgili olup, AİHM'in başvurunun bu bakımdan yetkili olup olmadığının araştırılmasında odaklanmaktadır. Oysa, Perinçek başvurusunun dayandığı olay kesinlikle soykırım iddiasıyla değil, İCK'nın mükerrer 261. maddesinin Perinçek'e uygulanmasından dolayı İsviçre'nin AİHS'nin 10. maddesini ihlâl edip etmediği konusu ile bağlantılıdır. Bu

87 *Lehideux et Isorni c. France*, arrêt du 23 septembre 1998, par. 55.
88 *Monnat c. Suisse*, 73604/01, arrêt du 21 septembre 2006, par. 64.
89 *Orban c.France*, 20985/05, arrêt du 15 janvier 2009, par. 52.

bakımdan, ayrıca, başvuru konusu ile ilgili olmayan bir "veri" açısından zamanaşımı kavramının tartışılması da sözkonusu olmamalıdır.

İkincisi, AİHM, zaman itibarıyla yetkisini, başvuru konusu suçun zamanaşımına tabi olup olmadığı açısından değil, ilgili Taraf Devletin Sözleşme ile "bağlandığı" tarih itibarıyla incelemektedir. Örneğin, İkinci Dünya Savaşının başlarında Katyn katliamı ile ilgili Rusya aleyhindeki *Janowiec* kararında AİHM, bazı menfur (*odieux/heinus*) cinayetlerin vahameti, (*gravité/gravity*) Taraf Devletleri zamanaşımına tâbi tutmamaya sevketmiş olmakla birlikte, "Sözleşme'nin değerleri" (*Convention values/ valeurs de la Convention*) kıstasının Sözleşme'nin kabul edildiği (*adoption*) 4 Kasım 1950 tarihinden önce cereyan etmiş olaylar bakımından uygulanamayacağı sonucuna varmıştır[90].

Bu çerçevede, Litvanya aleyhindeki *Vasiliauskas* kararında, Mahkeme, 1953 yılında Sovyet rejimine karşı koyan "partizanların" öldürülmesinden dolayı soykırım işlediği iddiasıyla yargılanan başvuranın, "siyasi bir grubun" tamamen veya kısmen yok edilmesinin 1948 BM Soykırım Sözleşmesi'nde soykırım olarak düzenlenmemiş olduğu halde, daha sonra yorum ve uygulama yoluyla Sözleşme kapsamına dahil edilmesi sonucunda 2004 yılında soykırım suçundan mahkûm edilmesinin, "*.. işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir*" kuralının yer aldığı AİHS'nin "*Kanunsuz suç olmaz*" başlıklı 7/2. maddesinin gerektirdiği suç ve cezanın öngörülebilirliği ilkesine aykırı olduğunu dikkate alarak, ihlâl edildiğine karar vermiştir[91].

Görüldüğü gibi, geçen "zaman" ve "zamanaşımı" kavramları, AİHM içtihadında otomatik ve soyut biçimde uygulanmamakta, her olayın özelliklerine göre değerlendirilen yorum ve uygulama ilkeleri olarak kabul edilmektedir: Örneğin, zaman kavramı, *Janowiec* kararında AİHM'in zaman itibarıyla (*ratione temporis*) yetkisi açısından ele alınırken, *Vasiliauskas* kararında bir yetki kuralı olarak değil, "Kanunsuz suç olmaz" ilkesinin düzenlendiği AİHS'nin 7. maddesiyle bağlantılı olarak esasa ilişkin bir kavram olarak değerlendirilmiştir.

Perinçek kararında, ihlâlin gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasında "ortam" (*context*) ile ilgili faktörlerin de yer almasına ilişkin

90 *Janowiec and Others v. Russia*, [GC], 5508/07 and 29520/09, judgment of 21 October 2013, par. 151.

91 *Vasiliauskas v. Lithuania*, [GC], 35343/05, judgment of 20 October 2015, par. 184-186.

eleştiriler ise "(G)*örev ve sorumluluklar da yükleyen*" ibaresiyle başlayan 10. maddenin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün kısıtlanmasında öngörülebilecek gerekçelerin arasında ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık, ahlâk gibi ortamla bağlantılı çok sayıda parametre öngördüğünü gözardı etmektedir. Kaldı ki, hiçbir derogasyona açık olmayan yaşam hakkı ve işkence yasağından farklı olarak, Sözleşme'nin özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din, ifade, toplantı, dernek kurmak gibi hak ve özgürlüklere ilişkin kısıtlamalarda da benzer gerekçelere yer vermiş olduğu görülmektedir. Bu kategorideki hakların kullanılmasının, başta kamu düzeni olmak üzere 10. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen diğer kısıtlama gerekçelerinin toplumsal etki/tepki yansımaları olabileceği açıktır. Bu bakımdan, ifade özgürlüğünün Sözleşme'ye uygun olarak sınırlandırılmış olup olmadığının değerlendirilmesi kesinlikle "ortam" koşullarının incelenmesini gerektirmektedir. Aksi takdirde, verilecek ihlâl kararlarının aslında Sözleşme'ye aykırı olması ve, hatta, ihlâl kararlarının yargıçların siyasi ön yargılarına dayandırıldığı kuşkusunun doğması kaçınılmaz görünmektedir. Doğal olarak, bu tür olumsuz bir gelişmenin AİHS denetim mekanizmasına duyulan güveni ve mekanizmanın otoritesini de sarsacağı açıktır.

Büyük Daire'nin *Perinçek* kararında zaman/yer/ortam koşullarını dikkate almasını eleştiren yedi yargıcın karşı görüşlerinde, bu yaklaşımın insan haklarının evrenselliği, herkese karşı dermeyan edilebilirliği (*erga omnes*) ilkesiyle bağdaşmadığı da ileri sürülmektedir[92]. Oysa, belirli yetki kurallarına uyarak yargısal bir denetimde bulunmak zorunda olan Mahkeme, kuruluşundaki Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlüklerin dâvalı devlet tarafından uygulanmasının ihlâle yol açmış olup olmadığını, ancak Sözleşme'nin lâfzına, ruhuna ve yerleşik içtihadına uyulmuş olup olmadığını incelemek suretiyle saptayabilir.

AİHM'in Sözleşme'nin 19. ve 32. maddelerinde belirtilen amaç ve yetki esasları gözönünde bulundurulduğunda, Perinçek olayında, "insan haklarının evrenselliği" ilkesinden yararlanması gereken, İsviçre'nin başvuranı cezalandırma hakkının değil, başvuranın AİHS'nin 10. maddesine dayanan ifade özgürlüğü hakkının olduğu açıktır.

Ayrıca, bir Akit Devletin başvuranın ifade özgürlüğüne uygulamış olduğu müdahalenin AİHM gibi kırk yedi Devletin taraf olduğu bir yargısal mekanizma tarafından denetlenmesinin de âdil yargılamanın evrensel önem ve itibarından yararlanmak durumunda olduğu kabul edilmelidir. Bu bakımdan evrensellikle ilgili eleştirinin, bu ilkeden yararlanacak süje ve konuların hiyerarşisini tam olarak belirleyemediği söylenebilir.

92 *Perinçek*, s.128.

SONUÇ

Perinçek kararı, 1915 olaylarının "soykırım" tabusundan kurtarılarak uluslararası planda tartışılabilmesi bakımından önemli bir kazanım sayılmalıdır[93]. Geniş yankılara yol açmış olmakla birlikte, karar kesinlikle AİHM içtihadı temelinde "olağanüstü" bir özellik taşımamaktadır. Kararda, tüm gerekçeler yerleşik AİHM içtihadına dayandırılmış, konuya ilişkin bellibaşlı uluslararası düzenlemeler ve uygulamalar da ayrıca dikkate alınmıştır. Bu noktada, karara ciddi sayılabilecek bir eleştiri de yöneltilememiştir.

Bir yandan, ifade özgürlüğünün negatif sınırını çizerek, başvuranın söyleminin nefret söylemi niteliğini taşımadığını ve şiddete teşvik edici bir içeriğinin bulunmadığını saptayan Mahkeme, diğer yandan da, aynı söylemin kamu yararı açısından önemi bulunan bir siyasi söylem niteliğini taşıdığını kabul etmekle hakkın basit bir kullanılmasının ötesinde kullanılmasının gerekli ve yararlı olduğu mesajını da vermiş bulunmaktadır. Bu şekilde soykırım/inkâr/suç paradigmasının yerine nefret söylemi ve şiddete teşvik niteliğini taşımamak kaydıyla tarihsel-siyasal söylem/kamu yararı işlevi paradigmasını ikame etmiş bulunmaktadır.

Öte yandan, *Perinçek* kararı, daha geniş bir planda, Mahkeme'nin başvuru taraflarının tarihe/geçmişe dayalı argümanlarının etkisinde kalmaksızın ihlâl iddialarının incelenmesinde, Sözleşme hükümlerini pozitif ve aktüel parametreler temelinde değerlendirme doğrultusundaki içtihadını da doğrulamaktadır. Örneğin, statüsünde komünist bir rejimin öngörüldüğü açık olan bir siyasi partinin tescil talebinin reddedilmesine ilişkin bir başvuruda, Mahkeme, Romanya halkının totaliter komünist rejim sırasında maruz kaldığı baskıları ve çektiği acıları ileri sürerek, tescil talebinin reddedilmiş olmasının Sözleşme'ye uygunluğunu savunan Romanya Hükûmeti'nin ülkenin tarihine dayanan argümanlarını yeterli bulmamıştır[94].

Perinçek kararındaki zaman kavramına yapılan atfın benzer diğer kararlara göre çok daha uzun olması her türlü zaman itibarıyla yetki sorunsalının ötesinde, tarihin serbestçe ve sınırsızca tartışılması hakkının önemini ve gereğini de ortaya koymaktadır.

Öte yandan, eski komünist rejimlere âdeta bir "unutma vecibesi" (*de-*

93 Nicolas HERVIEU'nun 1 Aralık 2015'te info@ eu-Logos.org da yayınlanan bir yorum yazısında Perinçek kararının Fransa'da "Ermeni soykırımı"nın inkârının cezalandırılmasının savunucularının tezlerini önemli ölçüde kırılganlaştırdığını (*considérablement fragilise*) belirtmiş, özellikle, Fransız Anayasa Konseyi'nin bu yöndeki bir tasarıyı 2012'de reddetmesinden sonra, o içtihadı güçlendirmiş olan *Perinçek* kararının dikkate alınmayıp yeni bir yasa tasarısının yeniden reddedilmesi riski bulunduğuna işaret etmiştir.

94 *Partidul Comunistilor (Neperecisti) et Ungureanu c. Roumanie*, 46626/99, arrêt du 3 février 2005, par. 58

voir d'oubli) yükleyerek, bu rejimler zamanında suç işlemiş olanlara itibarlarının geri verilmesindeki gecikmeleri gündeme getiren başvuruları ihlâl kararlarıyla sonuçlandırmasını ilgili Taraf Devletlerin tarihlerinin acı tecrübeleri ile izah edilmesi gereken takdir yetkilerine bir müdahale olarak değerlendirmiş olan Fransız Profesör Flauss'un eleştirisi[95] *Perinçek* kararı açısından kesinlikle geçerli değildir: Tam aksine, bu karar, Ermeni soykırım iddialarının tek yanlı olarak ve ilgili tüm taraflara eşit tartışma imkânı tanınmaksızın tek yönde tartışılmasına ve taraflardan sadece birine âdeta bir "unutma vecibesi"nin empoze edilmesine devam edilmesi yerine, herhangi bir tarih olayı gibi her yer ve ortamda serbestçe araştırılmasına, incelenmesine ve tartışılmasına imkân sağlamaktadır.

95 Jean-François FLAUSS, *L'Histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme 2006, s. 15.

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN 90. MADDESİ İLE DÜZENLENEN İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇU ve RIZA

Av. Gülşah GÜVEN

I. GENEL OLARAK

Tıp biliminin gelişiminin ilk çağ uygarlıklarına kadar dayanan bir geçmişi olması ve tıp biliminin gelişimi için temel süjenin insan olmasından bahisle bu alanda yapılan tüm gelişmelerin insandan bağımsız gerçekleştirilmesi mümkün olmamıştır. Ancak tıp biliminin doğumu ile birlikte tıp bilimi uygulayıcısı olan hekimlerin tüm hatalarından sorumlu tutulmaları da gündeme gelmiştir[1].

Nitekim hekimlerin tüm eylem ve işlemlerinin ilerleyen ve gelişen tıp bilimi kapsamında hangi gerekçeler ve bulgular sonucunda ifa ettiklerinin, en uygun tedavi biçiminin tespitinin nasıl ve ne şekilde tespit edildiğinin, mesleki tecrübe ve kanaatlerinin kanıt bazlı ortaya konulması beklentisinin yüksek olduğu günümüz dünyasında artık kanıtlara dayalı tip bilimi uygulaması mevcuttur. Tartışmasızdır ki günümüzde kullanılan tıp bilimi uygulama ve standardı elde edilen kanıtlar doğrultusunda uygulaması başlatılan geçmiş dönemlerde yapılan deneyler ve denemeler sonucunda bugünkü halini almıştır[2].

Bu nedenledir ki bilimsel araştırmaların ve dolayısıyla tıp biliminin gelişiminin temelinde "deney ve deneme" yapılmasının öneminin büyüklüğü tartışmasızdır. Ancak unutulmamalıdır ki deney ve deneme yapılması noktasında önemli olan bilimsel ve genel tıbbi yararın hiçbir şekilde uyulama alanı bulduğu süjelere zarar vermeden elde edilmesi hususudur.

Tıp biliminin gelişimi temelde insan bazlı olmakla esasında uluslararası toplumun menfaatlerinin korunması ve sağlık biliminin gelişimi açısından büyük önem teşkil etmektedir. Bu nedenledir ki konuya ilişkin olarak gerek uluslar arası hukuk alanında gerekse ulusal hukukta ciddi düzenlemeler mevcuttur.

---

1 Aygün Eşitli, Ezgi, İnsan Üzerinde Deney ve deneme Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.25

2 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, 2013, s.197

a. Uluslararası düzenlemeler

İlk çağlardan bugüne gelişim kaydeden bilimsel çalışmaların 19. Yüzyıldan itibaren gelişim noktasında büyük bir hız kazanmasına bağlı olarak bilimsel deneylerde de ciddi artışlar görülmüştür. Ancak mevcut düzenlemelerin o dönem itibariyle yetersiz olması ve buna bağlı olarak bilimsel deneylerin hangi kurallar çerçevesinde, ne şekilde, hangi kriterlere bağlı kalınarak yapılacağı belirgin olmamakla deneylerde gönüllü olan kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması noktasında da ciddi sorunlar ortaya çıkmış ve bu sorunların engellenmesi için uslular arası çözüm bulunması zarureti doğmuştur[3].

Tarihte konuya ilişkin olarak gerçekleştirilen ilk düzenleme Almanya Hükümeti tarafında Yahudilere karşı gerçekleştirilen ve insan onuru ile bağdaşmayacak deneylerin artışı nedeni ile oluşturulan, Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komitesi'ne sunulan 1947 tarihli Nurnberg Kodu'dur. Nurnberg Kodu ile tarihte ilk kez bilimsel araştırmalarda kullanılan kişilere yönelik "*bilgilendirilmiş rıza*" temelli etik düzenlemeler oluşturulmuştur.

Akabinde gelişen tıp bilimine bağlı olarak 1964 yılında Finlandiya'da gerçekleştirilen Dünya Tıp Birliği Kongresi'nde iyi klinik uygulama standartlarının kökleri oluşturulmuş 'Helsinki Bildirgesi' yayınlanmış ve halen gelişen tıp bilimine bağlı olarak da düzenli bir şekilde güncellenmektedir. Zira gelişen tıp bilimi insanlık yararına hizmet etme odaklı olduğundan süjenin insan olduğu bir bilim dalı için insan üzerinde deney yapma zorunluluğu açıktır. Helsinki Bildirgesi esasında hekimler ile ilişkili olsa da[4] insan ve deney tek bir paydada birleştirilmiş olup beklenen amaca ulaşabilmek adına her iki unsurdan da zarar oranı en düşük seviyede tutulmak suretiyle faydalanma amaçlanmıştır[5].

Bu ilkelerin dünyaca kabul görmesi akabinde 1997 yılında Avrupa Konseyi bünyesinde Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi kabul edilmiştir. İşbu sözleşme ile insana 'birey' olarak saygı gösterilmesinin zorunluluğu belirtilmiş olup akabinde insan haysiyetinin güvence altına alınması ve bu hususun önemine ilişkin olarak düzenlemelere yer verilmiştir[6]. Türkiye işbu sözleşmeyi 5013 sayılı Kanun ile 2003 yılında onaylamış[7] ve yükümlülükler ile bağlanmıştır.

Daha sonra ise 2005 yılında Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokol ile insan üzerinde araştırma yapıl-

3 Öztürk, Esra, Klinik İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.61; Aygün Eşitli, a.g.e., s. 27

4 Öztürk, a.g.e., 64

5 Aygün Eşitli, a.g.e., s.30

6 Hakeri, a.g.e., s.208; Öztürk, a.g.e., s.62-62

7 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı Resmi Gazete

ması hususu da ciddi sınırlamalar ve denetimlere tabi tutulmuştur[8]. İşbu ek protokol ile insan üzerinde hiçbir ayrım yapılmaksızın vücut bütünlüğüne saygı duyulması ve diğer hak ve özgürlüklere zarar verilmeksizin teminat altına alınmalarına ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi temelde hak ve özgürlüklerin teminat altında alınmasını düzenlemiş olmakla bireylerin bilgilendirilmiş rızalarının[9] nasıl alınması gerektiğini düzenlemiş olup ne tür bir yol izleneceğini de hüküm altına almıştır.

b. Ulusal düzenlemeler

Uluslar arası alanda gerçekleşen gelişmelere bağlı kalarak ülkemizde de özellikle 'hasta hakları' kavramının önem kazanmasının da getirdiği etki ile bir takım düzenlemeler yapılmıştır.

Esasında en temel düzenleme 1982 tarihli T.C. Anayasası'nın 17/2 maddesidir[10]. İşbu düzenlemeye bağlı olarak da aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere 5237 sayılı TCK'nın 90. maddesi ile "***insan üzerinde deney suçu***[11]" düzenlenmiştir.

8 http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/06/20110611M1-4-1.pdf, Z.T. 10.03.2014

9 Akyıldız, Suna/Hakeri, Hakan/Çelik, Faik/Somer, Pervin, Tıp Hukuku Atölyesi-1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.11, 24-25

10 1982 Ay m.17/2: "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz".

11 5237 s. TCK MADDE 90 - (1) İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için;

a) Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,

b) Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,

c) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,

e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,

f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,

g) Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması,

Gerekir.

(3) Çocuklar üzerinde bilimsel deney hiçbir surette yapılmaz.

(Değişik 3. fıkra: 5328 - 31.3.2005 / m.7) (3) Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra;

a) Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

b) Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,

Ancak işbu cezai yaptırım düzenlenmesinden önce cezai yaptırım için ortaya çıkan gerekliliklere ilişkin ulusal hukukta yeterli korumayı sağlayamayan düzenlemelerden söz etmek yerine olacaktır.

Türkiye'de doğrudan insan üzerinde deneye ilişkin olarak doğrudan yapılan ilk düzenleme 1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'dür[12]. İşbu tüzük 6023 sayılı Türk tabipler Birliği Kanunu'nun 59/g[13] bendine dayalı olarak hazırlanmış olup hekimlerin birbirleri ile olan ilişkilerinin yanı sıra hastaları ile olan ilişkilerini de düzenlemiştir. İlgili tüzüğün 11. maddesinin konu açısından öneminin vurgulanması gereklidir. Zira ilgili maddenin ilk fıkrası ile ilmi amaçlı araştırmanın hiçbir şekilde yapılmayacağı düzenlemiş olup tedavi amaçlı araştırmalar ise belirli koşulların varlığı halinde yapılabilecektir.

Ancak işbu düzenlemenin 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 10. maddesine[14] aykırılık teşkil etmesi nedeni ile kullanılabilir-

c) Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması, gerekir.

4) Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir.

(5) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine

12 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı Resmi Gazete

13 6023 sayılı Kanun madde 59/ g: Meslektaşların birbiri ile ve hastaları ile münasebetlerini düzenleyen deontoloji nizamnameleri hazırlamak

14 3359 sayılı Kanun EK MADDE 10 - **(Ek: 6225 - 6.4.2011 / m.8)** Herhangi bir tedavi yöntemi veya araçlarının veyahut ruhsat veya izin alınmış olsa dahi ilaç ve terkipleri, geleneksel bitkisel tıbbi ürünler ile tıbbi cihazların bilimsel araştırma amacıyla insanlar üzerinde kullanılabilmesi için, Sağlık Bakanlığından izin alınmasının yanında;

(Değişik bölüm: 6514 - 2.1.2014 / m.45) Herhangi bir tedavi yöntemi veya araçlarının veyahut ruhsat veya izin alınmış olsa dahi ilaç ve terkiplerinin, tıbbi ve biyolojik ürünler, bitkisel ürünler, kozmetik ürünler ve hammaddeleri ile tıbbi cihazların bilimsel araştırma amacıyla insanlar üzerinde kullanılabilmesi için Sağlık Bakanlığı veya bağlı kuruluşlarından izin alınmasının yanında;

a) Araştırmanın, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,

b) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

c) Araştırmanın, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,

ç) Araştırma sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntem-

lerin uygulanmaması,

d) Araştırmayla varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,

e) Üzerinde araştırma yapılacak ilgilinin, araştırmanın mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı rızasının olması ve bu rızanın herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması,

f) Yapılacak araştırmayı ilgili etik kurulun uygun görmesi, şarttır.

Belirtilen araştırmalar, üzerinde araştırma yapılacak kimselerin emniyetini sağlamaya ve araştırmanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesine, takibine ve gereğinde acil müdahale yapılabilmesine elverişli ve araştırmanın vasfına uygun personel, teçhizat ve laboratuvar imkânlarına sahip olan üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezleri, üniversitelere bağlı onaylanmış araştırma-geliştirme merkezleri, Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi ve Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastaneleri tarafından yapılabilir. **(Ek cümle: 6514 - 2.1.2014 / m.45)** Bu merkezler ve hastanelerde yapılan klinik araştırmalara, gereğinde bu merkezlerin ve hastanelerin koordinatörlüğünde veya idari sorumluluğunda olmak kaydıyla, belirtilen nitelikleri haiz diğer sağlık kurum ve kuruluşları da dâhil edilebilir.

Bu araştırmalarda, bireyin hakları ve sağlığının korunması her şeyin üstünde tutulur.

Üzerinde araştırma yapılacak veya yapılan gönüllü, muvafakatini araştırmanın her aşamasında ve hiçbir şarta bağlı olmaksızın geri alabilir.

Sigorta teminatı dışında, gönüllülerin araştırmaya iştiraki veya devamının sağlanması için gönüllüye herhangi bir ikna edici teşvik veya malî teklifte bulunulamaz. Ancak, gönüllülerin araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak masraflar ile sağlıklı gönüllülerin çalışma günü kaybından doğan gelir azalması araştırma bütçesinde belirtilir ve bu bütçeden karşılanır.

Araştırma sonucunda elde edilecek bilgilerin yayımlanması durumunda gönüllünün kimlik bilgileri açıklanamaz.

Sağlık Bakanlığı, araştırmanın yürütülmesi sırasında araştırmaya izin verilirken mevcut şartlardan birinin ortadan kalktığını tespit ederse klinik araştırmayı derhal durdurur. Bu şartların belirlenen süre içerisinde yerine getirilmemesi veya yerine getirilmesinin mümkün olmadığının anlaşılması veyahut gönüllü sağlığının tehlikeye girmesi hallerinde doğrudan araştırma sonlandırılır.

Sağlık Bakanlığınca, insanlar üzerinde gerçekleştirilecek klinik araştırmalara katılacak gönüllülerin hakları, sağlık güvenliği ve esenliğinin korunmasını sağlamak ve klinik araştırmaları etik yönden değerlendirmek amacıyla etik kurullar; klinik araştırmalarla ilgili konularda Bakanlığa görüş bildirmek üzere Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu teşkil olunur.

Etik kurullar, en az biri sağlık mesleği mensubu olmayan kişi ve biri de hukukçu olmak kaydıyla ve üyelerinin çoğunluğu doktora veya tıpta uzmanlık seviyesinde eğitimli sağlık mesleği mensubu olacak şekilde, en az yedi ve en çok onbeş üyeden oluşturulur. Etik kurul üyelerinin görev süresi iki yıldır. Mazeretsiz olarak üst üste üç toplantıya veya aralıklı olarak beş toplantıya katılmayan üyelerin üyeliği düşer.

Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu ise; Sağlık Bakanlığı Müsteşarı veya uygun göreceği bir Müsteşar yardımcısının başkanlığında tıbbın cerrahi, dahili ve temel bilimlerinden Bakanlıkça seçilen uzmanlığını almış veya doktorasını yapmış üçer kişi, birer klinik psikolog ve ilahiyatçı ile Bakanlık 1. Hukuk Müşaviri veya görevlendireceği bir hukuk müşavirinden oluşur. Kurul ilk toplantısında kendi üyeleri arasından bir başkan vekili seçer. İhtiyaç duyulması halinde Kurul ilgili uzmanlardan görüş alabilir veya Kurula davet ederek dinleyebilir. Seçilen üyelerin görev süresi iki yıl olup, görev süresi dolan üyeler yeniden seçilebilir. Mazeretsiz olarak üst üste üç toplantıya veya aralıklı olarak beş toplantıya katılmayan üyelerin üyeliği düşer.

Etik kurullar ve Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu, üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile toplanır ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar alır.

liği bulunmamaktadır.

Zira hukukumuzda normlar hiyerarşisi uyarınca her norm kendi üstünde sayılan normlara uygun olmak zorundadır. Oysaki bahse konu tüzüğün 11. maddesi açıkça 3359 sayılı Kanun'un ek 10. maddesine aykırılık teşkil etmekte olup Türk Hukuku açısından uygulamasının yapılması mümkün değildir.

Esasında 3359 sayılı[15] Kanun ile Milli Savunma Bakanlığı hariç tüm kamu kurum ve kuruluşlarının sağlık hizmetlerinden faydalanma koşulları düzenlenmiş olup tıbbi deney ve araştırmalara ilişkin olarak yalnızca 6225 sayılı Kanun ile eklenen ek 10. madde düzenlemesi mevcuttur. Bu Kanun ise normlar hiyerarşisi açısından yukarıda izah edildiği şekilde Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün geçerliliği açısından önem teşkil etmektedir.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 10. maddesine ve Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin direktiflerine[16] bağlı kalınmak suretiyle hazırlanan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik[17] klinik araştırmaların hukuki dayanağını teşkil etmektedir. Bu düzenleme ile klinik araştırmaların kapsamı, etik kurulların teşkili, görev tanımları ve alanları ile aştırmaların hukuka uygunluğunun sınırları düzenlenmiştir.

Bir diğer düzenleme ise insan haklarının sağlık alanında da korunmasını amaçlayan ve buna ilişkin düzenlemelere yer veren ayrıca "***hasta hakları***" kavramının yaşanan sorunlara bağlı olarak düzeltilebilmesi[18] amacıyla oluşturulan Hasta Hakları Yönetmeliği[19]'dir. İşbu yönetmelik ile hasta hakları somut olarak düzenlenmiş, hastaların hangi hukuki yollara başvurabileceği hususunda düzenlemelere yer verilmiş olup klinik araştırmalar konusunda da gönüllü olacak kişilere ne tür işlemler uygulanacağı konusunda ayrıntılı bilgilendirmelerde bulunulması ve açık rızalarının alınması hususuna değinilmiştir. Rıza konusu çalışmanın ilerleyen bölümlerinden daha ayrıntılı açıklanacağından inceleneceğinden burada kapsamlı bilgi verilmeyecektir.

İnsanlar üzerinde bilimsel araştırma yapılmasına dair usul ve esaslar, Klinik Araştırmalar Danışma Kurulunun ve klinik araştırma alanlarına göre etik kurulların teşkili, görevleri, çalışma usul ve esasları Sağlık Bakanlığınca çıkartılacak yönetmelikle tespit olunur.

15 05.05.1987 tarih ve 19416 sayılı Resmi Gazete

16 2001/20/AT, 2005/28/EC sayılı direktifler

17 http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130413-7.htm, Z.T. 11.02.2014

18 Aygün Eşitli, a.g.e., s.40-41

19 01.02.1998 tarih ve 23420 Resmi Gazete

Uluslar arası uygulamalara ve ülkemizdeki gelişmelere bağlı olarak düzenlenen İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu[20] ile de klinik araştırmaların tasarımı, yürütülmesi, kaydı ve raporlanması, gönüllü olacak kişilerin iştiraki, bilgilendirilmeleri gibi hususlar düzenlenmiştir[21].

Nihayetinde gelişen ve değişen tıp bilimine bağlı olmakla bu bilimin en vazgeçilmez süjesi olan insan üzerinde gelişim amacı ile deneylerin yapılması başta uluslar arası toplumun hak ve menfaatlerinin düzenlenmesi amacı ile oluşturulan uluslar arası sözleşmeler ile koruma altına alınmış ve çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Buna ek olarak ülkemizde de tıbbı deneylerin tıp biliminin gelişmesi ve kesinlik derecesinde bir kuvvete sahip etkiler ile olumlu sonuç verebilmesi için "insan" üzerinde uygulanması gelişimin vazgeçilmez zorunluluklarındandır. Ancak tıp biliminin gelişmesi ve olumlu sonuçlar elde edebilmek amacı ile gelişime yönelik deneyler yapılması noktasında insan menfaatinin korunması noktası unutulmamalı ve bireyin insan onuru ile bağdaşmayacak muamelelere maruz bırakılması engellenmelidir.

Bu nedenledir ki ulusal ve uluslar arası toplumda insan üzerinde deney yapılabilmesi başta muhatap kişinin bilgilendirilmiş rızası olmak üzere birçok koşula tabi tutulmuş aksi konuda devletlerin cezai düzenlemeler yapması yükümlülüğü gündeme gelmiştir. Nitekim aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere ülkemizde de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi ile insan üzerinde deney eyleminin hangi koşullarda suç teşkil edeceği hüküm altına alınmıştır.

II. İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇU ve RIZA

a. İnsan Üzerinde Deney Suçuna İlişkin Düzenleme Yapılmasına İlişkin Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi düzenlemesine kadar Türk Hukuku'nda insan üzerinde deney ve denemeye ilişkin olarak herhangi bir düzenleme söz konusu değildi. Nitekim anılan eylem doğası gereği insan üzerinde gerçekleştirildiğinden sonuçlarına göre "yaralama" veya "öldürme" eylemlerini bünyesinde barındırdığından suçlarının ceza yasamızda varlığı nedeni ile ayrıca bir hüküm ile düzenleme altına alınması ihtiyacı söz konusu değildi.

Esasında uluslar arası alanda tıbbi deneye ilişkin olarak "ilk dava" olduğu belirtilen 1767 tarihli Baker/Stepelton davasında; bir hekim ile bir

20 http://www.iegm.gov.tr/UnitDetails.aspx?DetailId=WyzQqx9hyRk=&Laws=GdQQ/HhBknA=, Z.T. 14.03.2014

21 Öztürk, a.g.e., s.68-69

eczacının iyileşmekte olan bir kırığı bir makineyi denemek maksadı ile yeniden kırması ve hastanın bu eyleme rızasının bulunmaması nedeniyle mahkeme mahkûmiyet yönünde hüküm kurmuştur[22].

Yukarıda da belirtildiği üzere tıp biliminin gelişimi ve bu doğrultuda tıp biliminin gelişimi için en önemli süje olan insan üzerinde deney ve denemelerin yapılaması zarureti ile "insan üzerinde deney ve deneme" eylemlerinin suç olarak düzenlenmesi zarureti hâsıl olmuştur. Nitekim 2005 yılına kadar da ülkemizde konuya ilişkin olarak açık bir ceza normu bulunmamaktaydı[23].

Sonuç itibariyle; gelişen ve değişen koşullara bağlı kalmak kaydı ile insan üzerinde deney ve deneme eyleminin niteliği itibariyle ayrı bir koruma alanı sağlaması ve gelişen tıp bilimi kapsamında yapılan uygulamalar ışığında ayrı bir ceza normu oluşturma ihtiyacı ile ülkemizde de 5237 sayılı TCK m.90[24] ile insan üzerinde deney suçu düzenlenmiştir.

22 Hakeri, a.g.e., s. 742

23 Y. 12. CD, 19.06.2012 T.,2011/20123 E., 2012/15354 K. (www.kazanci.com'dan alınmıştır)

24 MADDE 90 - (1) İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için;

a) Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,

b) Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,

c) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,

e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,

f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,

g) Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması,

Gerekir.

(Değişik 3. fıkra: 5328 - 31.3.2005 / m.7) (3) Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra;

a) Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

b) Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,

c) Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması,

Gerekir.

b. Türk Ceza Kanunu Uyarınca Deney Suçu

Öncelikle belirtmek gerekir ki ilgili yasa maddesi başlığı nedeniyle her ne kadar insan üzerinde "deney" suçuna ilişkin düzenlenmiş gibi görünse de esasında insan üzerinde bilimsel deney ve bunun yanı sıra aynı maddenin 4. fıkrası ile de insan üzerinde bilimsel "deneme" "kasten işlenen" bir suç olarak düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nın 90/1. maddesi; "İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklinde düzenlenmiştir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere bu suç ile korunan yarar bizzat insanın kendisi olup yaşama hakkı ile vücut bütünlüğü koruma alanı içerisindedir.

Suçun Faili: Suçun faili herkes olabilir. Bu noktada hekimlerin yanı sıra tıp bilimi ile ilgili olarak insanlar üzerinde bilimsel araştırmalar yapan bilim adamları ve araştırmacılar da suçun faili olabilmektedirler. Ayrıca suç çok faille işlenen bir suç olmayıp tek bir hekim veya bilim adamı tarafından işlenmesi de mümkündür.

Bilimsel Deney: Burada üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus ise yapılacak olan deneyin "*bilimsel*" nitelikte olması gerekliliğidir. Nitekim 1982 Anayasası'nın 17/2. Maddesi de; "kimse rızası olmadan bilimsel veya tabi bir deneye tabi tutulamaz" şeklinde düzenlenmiştir.

Bir deneyin bilimsel niteliği, "*o deneyin, bilimsel bir çerçevede yapılıp yapılmadığı, bilimsel verilere ulaşmayı amaçlayıp amaçlamadığı, bir inceleme veya araştırma içerip içermediği ve sonuçlarının bilim alanında kullanılıp kullanılmayacağı ile ilgilidir*"[25].

Bu durumda 5237 sayılı Kanun'un 90. maddesi ışığından insan üzerinde deney eyleminin suç olarak madde kapsamında değerlendirilmesi için

(4) Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir.

(5) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

25 Şen, Ersan, İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları, v. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, Ankara, 2008, s. 614; Hakeri, a.g.e., s. 744

deneyin "bilimsel" olması aranmakta iken aynı maddenin 4. Fıkrasında suç olarak düzenlenen insan üzerinde denemelerin "bilimsel" olması koşulunun aranmadığının belirtilmesi yerinde olacaktır.

Deney ve deneme suçlarına ilişkin olarak bir diğer önemli husus ise insan üzerinden gerçekleşecek olan "bilimsel" deneyin mutlak tıp alanı ile ilgili olması aranmıyorken insan üzerinde yapılacak olan denemenin mutlaka "tedavi amaçlı" gerçekleştiriliyor olması gerekmektedir.

İlgili suç tehlike suçu olmakla suçun oluşması için deney veya deneme neticesinde kişinin sağlığının bozulması veya ölmesi gerekli değildir[26]. Bu nedenledir ki atılı suçun gerçekleşmesi sonucunda kişide bir zarar meydana gelmiyor olsa dahi yasa maddesi ile düzenlenen koşulların yokluğu halinde suç oluşmuş olmaktadır.

Belirtmek gerekir ki belirtilen koşullara uyulmaksızın gerçekleştirilen bir deneyin sonucunda kişinin yaralanması veya ölmesi söz konusu olur ise 5237 sayılı Kanun'un 90/5. maddesi uyarınca kasten yaralama veya kasten öldürme hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Yine yapılan deneme kanunda sayılan koşullara aykırı ise ve hastanın sağlığı bozulmuş ya da ölmüş ise kasten yaralama veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama hükümleri uygulanacaktır. Yapılan denemenin hukuka uygun olmasına rağmen yine de hastanın sağlığı bozulmuş veya hasta ölmüş ise ve bir kusurun varlığı söz konusu ise bu halde "taksirle yaralama" veya "taksirle öldürme" hükümleri uygulama alanı bulacaktır[27].

Suçun mağduru: Yasa maddesinde açıkça "insan" üzerinde yapılan eylemlerden söz edilmesi nedeni ile gerçek ve sağ olan kişilerdir. İnsan cesedi veya cenin üzerinde yapılan deney ve denemeler bu suç kapsamına girmemektedir[28]. Ayrıca otopsi sırasında yapılan deneylerin de insan üzerinde yapıldığı kabul edilmeyecektir.

Bu noktada ülkemizde de son dönemde vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı ve yaşama hakkı başlığı altında kürtaj yasağının gündeme gelmesi ile cenin veya embiyonun insan statüsünde olma/yaşama hakkına sahip olma durumunun tartışmalara konu olması nedeniyle bu suç açısından da yasa maddesinin açık düzenlemesi yanı sıra kök hücre araştırmaların varlığına atfen cenin veya embriyonun suçun mağduru olmasına ilişin bazı açıklamaların yapılması yararlı olacaktır.

Embriyonun atılı suçun konusu olması hususuna ilişkin olarak; "*embriyo; döllenme anından başlayarak, gebeliğin yaklaşık ikinci ayına kadar gelişmekte olan canlıya denmektedir. Bu evreden sonra yani gebe-*

26 Hakeri, a.g.e., s.745
27 Hakeri, a.g.e., s.746
28 Hakeri, a.ge., 746

liğin sekizinci ile onuncu haftası sonunda, neredeyse tüm organların oluşumu tamamlanan canlı ise cenin veya fetüs adını almaktadır. Diğer bir ifadeyle, embriyo, insan organizmasının yumurtanın spermle döllenmesinden itibaren, ceninin oluşmasına kadar geçirdiği evredir. Cenin, embriyonun bütün organları belirdikten sonra aldığı isimdir"[29].

Esasında insan üzerinde deney suçu ile korunan yaşama hakkının esasında "insan" için koruma alanı sağladığı tartışmasızdır. Bu noktada embriyonun ne olduğunun tıbben açıklanmış olmasının yanı sıra hukuken statüsünün tespiti ve "yaşama hakkına" sahip olup olmadığı konusunda birçok farklı görüş bulunmaktadır. Bu farklılıklardan en çok kabul edilen üç (3) görüşten ilkine göre; embriyoların gelişme potansiyeli ve genetik özellikleri dikkate alındığında *insan* olarak yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. İkinci görüş ise; tıbben embriyoların hücreler topluluğu olduğu ve bu nedenle *şey (thing)* olarak tanımlanması gerektiğini savunmaktadır. Üçüncü görüşü savunanlar ise belirtilen her iki görüşünde karması şeklinde bir düşünceyi benimsemekte ve embriyoların *eşsiz/benzersiz* bir nitelikte olduğu ve insan olmanın ilk aşaması olduğunu, esasında anneden bağımsız düşünülmesinin mümkün olmayacağını ve bu bağımlılık ile gelişiminin sonlanabileceğini belirtmektedir[30].

Bahse konu sorunsal esasında uluslararası toplumu yakından ilgilendiren bir konu olduğundan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararları ışığında inceleme yapmak yerinde olacaktır. Bu doğrultuda İHAM önüne gelen başvurularda embriyonun yaşama hakkına sahip olup olmadığı konusunda genellikle muğlâk yorumlarda bulunmuş ve bu konunun ulusal hukuku doğrudan ilgilendirdiğini, her toplumun kendi yapısına uygun düzenlemelere yer vermesi gerektiğini ve toplumlarda somut ve yeknesak bir yaklaşım olmaması nedeni ile keskin bir yorum yapmaktan çekindiğini belirtecek şekilde görüş bildirmiştir.

İHAM emsal nitelikteki kararlarında özetle; embriyonun hukuki statüsü ve yaşama hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda Avrupa'da herhangi bir görüş birliği olmadığını belirtmiştir. İHAM konuya ilişkin olarak devletlerin takdir haklarının bulunduğunu ve kendi ulusal düzenlemelerini bu takdir hakkı çerçevesinde ve ancak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)'a aykırı olmayacak şekilde gerçekleştirebileceklerini belirtmiştir[31].

---

29 Tacir, Hamide, Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı, s. 1303, http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltedergisi/nurcentel/hamidetacir.pdf, Z.T.:25.02.2014

30 Tacir, age, s. 1304

31 Vo v. Fransa, Bşv. No: 53924/00, 08.07.2004T., http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=4471, Z.T.: 05.03.2014; RH v. Norveç, Bşv. No: 17004/90, 19.05.1992 T., http://hudoc.echr.coe.int, Z.T.: 05.03.2014

Buna ek olarak ise İHAS bahse konu kararlarda her ne kadar embriyonun yaşama hakkı kapsamında değerlendirmesinin yapılmasına ilişkin yorum yapmaktan imtina etmiş olsa da devletlerin bu konuyu değerlendirmesi aşamasında embriyo veya ceninin sağlıklı bir gebelik sonucunda insan olma potansiyelinin mevcut olması nedeni ile en azından insan onurunun korunması açısından İHAS m.2 kapsamında değerlendirmesinin yapılması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir[32]. Bahse konu emsal kararların sonunda İHAM'ın embriyoya ilişkin yaklaşımı insanlığın ortak mirası olduğundan en azından insan onuru açısında koruma sağlanmalıdır şeklinde tanımlanabilir.

Sonuç itibariyle; uluslararası toplum açısından da açık önem, bulunan emriyonun veya ceninin yaşama hakkına sahip olması yönündeki açıklamalara atfen işbu çalışmanın konusu suçun mağduru incelendiğinde genel kabule göre embriyon veya ceninin insan statüsünde olmadığı ve bu suçun mağduru olamayacağı açıktır.

c. Rıza

Esasında rıza ilgili maddede belirtilen "hukuka uygunluk hallerinden" biri olup diğer hukuka uygunluk nedenleri ayrıca incelenmeyecek olmasına rağmen rıza gösterme hali niteliği itibariyle ayrı bir başlık altında incelenmektedir.

Rıza, kişinin kendisine uygulanacak tedaviye veya araştırmaya aydınlatıldıktan sonra herhangi bir baskı veya yönlendirme altında kalmaksızın izin vermesidir[33]. Rıza fiilen yürütülen veya yürütülecek olan tedaviye/araştırmaya ilişkin olmalı ve rıza gösterecek kişi meydana gelecek tüm değişikliklerden haberdar edilebilecek konumda olmalıdır[34].

5237 sayılı Kanun madde 90 uyarınca rıza incelendiğinde; genel anlamda hastaların tıp alanında değer yargıları, inançları ve tercihleri noktasında kendi vücutları ve sağlıklarına ilişkin olarak yapılacak tüm eylem ve iyileştirmeler noktasında onam verip vermemeleri kişisel hak olarak tanımlanmıştır[35]. Bu nedenle kişilerin yapılacak uygulama ve aştırmalara yönelik alacağı kararlara ilişkin olarak "özerkliği" gündeme gelmektedir.

Özerkliğe Saygı Gösterilmesi İlkesi ile; artık hasta-hekim ilişkilerinin belirleyici unsurunun hekim olması durumu değişmiş, hastaların ayrıntılı

32 Boso v. İtalya, Bşv. No: 50490/99, 05.09.2002 T., http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22docname%22:[%22boso%20v.%20italy%22],%22itemid%22:[%22001-23338%22]}, Z.T.: 05.03.2014

33 Öztürk, a.g.e., s.91

34 Akyıldız/Hakeri/Çelik/Somer, a.g.e., 11

35 Akyıldız/Hakeri/Çelik/Somer, a.g.e., 23

olarak bilgilendirilmesi, aktarılan bilgilerin hasta tarafından açık be net bir biçimde algılanabilir olması, hastanın aktarılan bilgilere bağlı olarak karar verebilir-seçim yapabilir konumda olması amaçlanmıştır. Böylece özerk birey kendi değerleri, inançları, yaşam biçimi, yaşam hedefi kapsamında akılcı ve özgür bir seçim yapabilir, karar verebilir konuma gelmiş olur[36].

Özellikle "insan üzerinde deney ve deneme" eylemleri dikkate alındığında özerklik ilkesinin bir uzantısı olan ve esasında rıza gösterme halinin temelini oluşturan "aydınlatılmış onam" büyük bir önem göstermektedir.

Daha açık anlatımla üzerinde bilimsel deneye ilişkin eylemler gerçekleştirilecek veya tedavi amaçlı denemeler yapılacak kişinin gerçekleşecek tüm eylem ve işlemlere ilişkin olarak açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi, tüm safhalar ve oluşabilecek riskler hakkında haberdar edilmesi, olması muhtemel ve öngörülebilen sonuçların açıklanması sonucunda kişinin aydınlatılmış onamı alınarak yapılan deney (diğer koşullarında varlığı halinde) ve deneme hukuka uygun kabul edilebilecektir. Ancak unutulmamalıdır ki; yapılacak ola m bilgilendirmede kişinin eğitim seviyesi, zekâsı, hastalığının gidişatı ve tecrübeleri dikkate alınmalıdır.

III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Tıp biliminin gelişmesine bağlı olarak bu gelişimler ile yarar sağlanması hedeflenen "insan" gelişmeler için yapılacak olan deney/denemelerin vazgeçilmez bir süjesidir. Ancak insan üzerinde deney ve denemelerin yapılması gerekliliğinin mutlak bir kabulü mümkün değildir. Zira yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü uluslararası alanda da ciddi koruma altında olan insanın bilinmez bir sistem içine kayıtsız bir şekilde dâhil edilmesi düşünülemez.

Bu nedenledir ki gerek uluslararası alanda yapılan sözleşmeler ve gerekse bu sözleşmelere bağlı kalınarak ülkemizde oluşturulan düzenlemeler ile tıp biliminin gelişimi için zaruri olan deney ve denemelerde kanıt bazlı hareket edilen modern tıbbın en önemli süjesi olan insanın aktif rol alması kabul edilmiştir. Ancak menfaat dengesinin oluşturulması amacı ile insanın hangi hal ve koşullarda deney ve denemelere konu olabileceği düzenlenmiştir.

Nitekim 5237 sayılı TCK madde 90 ile açıkça insan üzerinde deney ve deneme eylemlerinin hangi koşullarda hukuka uygun olabileceği aksi durumda ise bahse konu eylemlerin suç teşkil ettiği açıkça düzenlenmiştir. Her ne kadar ilgili yasa düzenlemesi ciddi bir eksikliği gideriyor olsa da;

36 Akyıldız/Hakeri/Çelik/Somer, a.g.e., 23,24,25

İlgili maddenin 4. fıkrası ile hasta üzerinde gerçekleştirilecek tedavi amaçlı denemelerin rızanın varlığı halinde hukuka uygun olacağı belirtilmiştir. Bu durumda yasanın açık lafzı ve kanunilik ilkesi uyarınca yalnızca rıza unsurunun varlığı söz konusu ise denemenin hukuku uygun olduğu kabul edilecek ve ilgili maddenin 2. fıkrasında deneye ilişkin olarak düzenlenen diğer hukuka uygun halleri dikkate alınmayacaktır.

Ancak tedavi amaçlı denemelerin de niteliği itibariyle bilimsel deneylerin sahip olduğu risklere sahip olduğu dikkate alındığında ilgili maddenin 2. Fıkrasında sayılan diğer hukuka uygunluk hallerinin de tedavi anaçlı deneme eylemleri açısından dikkate alınması gerekmektedir. Düzenleme mevcut hali ile hukuka uygunluk açısından yalnızca rıza unsurunun varlığını aramakta olup bu durumun oldukça riskli ve sınırlayıcı olduğu düşünülmektedir.

Genel hatları ile 5237 sayılı TCK m. 90 ile düzenlenen "İnsan Üzerinde Deney Suçu" uluslararası gelişmeleri ve tıp biliminin temel hak ve özgürlükler kapsamında hukuki takibi açısından yerinde bir düzenleme olup ülkemizde bilimsel deney ve denemelere ilişkin gelişmelerin yeni yeni yaygınlaşması nedeni ile henüz uygulamada somut örneklerine sıklıkla rastlanan bir yasal düzenleme değildir

SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ GEREKÇESİ İLE YAYIN YASAĞI

Av. Sedef Pelin GÜRLEK[1]

ÖZET

'*Soruştumanın Gizliliği*', esasen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel insan hak ve hürriyetleri kapsamında ele almış olduğu '*Adil Yargılanma Hakkı*"nın yapı taşlarındandır.

Kovuşturma konusu edilen suç ve suç konusu eylemi gerçekleştirdiği iddia edilen failin, yargılanması ile amaçlanan hedeflerden biri de *adalete* ulaşmaktır. Mutlak adalete ulaşmanın mümkün olmadığı gerçeğine rağmen bu ütopik değere ulaşma çabası nedeniyle takip edilen sürecin en azından hukuka uygun, temel hak ve hürriyetlere dayanan usulde ilerlemesi gerekmektedir.

Esasen soruşturmanın gizliliği ile amaçlanan da yargılamanın adil olmasına hizmet etmek adına, delillerin karartılmasını engellemektir.

Temel hak ve hürriyetlere dokunan bu özel boyutu nedeni ile çalışmamızda öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemeye yer verilerek, '*Soruşturmanın Gizliliği*' kavramının kapsamı ve gizliliğin ihlali suçu düzenlemesi açıklanmaya çalışılacaktır.

Takiben, soruşturmanın gizliliğinin temel hak ve özgürlükler ile ilişkisi ve ifade özgürlüğü hakkına dokunan boyutu özelinde mahkeme kararlarına yer verilerek tartışılacaktır.

1. SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİNE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME

5271 Sa. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *Soruşturma* başlıklı ikinci kitabının *Suçlara İlişkin İhbarlar ve Soruşturma* başlıklı birinci kısım ve *Soruşturmanın Gizliliği, Suçların İhbarı* başlıklı birinci bölümünde yer alan *Soruşturmanın gizliliği* başlıklı **157. madde**sinde; '*Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.*' hükmüne yer verilmiştir.

1 Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.B.D.

Madde hükmü ile amaçlanan adil yargılanma hakkına hizmet edecek surette soruşturma sürecinin yürütülebilmesi olup; soruşturmanın gizliliği ilkesini ihlal edecek şekilde; suçun şüphelilerine, delillerine, olay yerinin fotoğraf ve görüntülerine medyada yer verilmesi halinde, suç konusunu aydınlatan delillerin tehlikeye girmesi kadar masumiyet karinesinin zedelenmesi de muhtemeldir.

Bu amaçla, **5271 Sa. Kanun** ile *gizlilik ilkesi* kanun hükmü haline getirilmiş, böylece kanun koyucu, kolluğa[2], basın ve yayın kuruluşlarına ve hiçbir merciye, suç işlediği şüphesi altında bulunan kişileri suçlu olarak ilan etme yetkisi vermeyerek şüpheli/sanığın lekelenmeme hakkının temin edilmesini ve delillerin güvence altına alınmasını hedeflemiştir.[3]

Gizlilik ile maddi gerçeğe ulaşmanın yanı sıra masumiyet karinesi altında şüphelinin suçlu olarak ifşa edilmesinin de engellenmesi amaçlanmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun *Millete ve Devlete Karşı Suçlar* başlıklı dördüncü kısımının *Adliyeye Karşı Suçlar* başlıklı İkinci bölümünde, *Gizliliğin ihlali* adlı **285. madde** düzenlemesinde; ' (*1) **Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır**. Bu suçun oluşabilmesi için; a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suç-*

2 AİHM, **Y.B. ve diğerleri – Türkiye** kararında; '*…polis tarafından düzenlenen ve basına dağıtılan 'basın açıklaması'nın içeriğinde başvuranların hiçbir fark gözetmeksizin 'yasadışı örgüt' mensubu olarak gösterildiği, aynı şekilde söz konusu basın açıklmasına göre adı geçen şahısların İzmir'in farklı mekânlarında birçok suç işlediklerinin tespiti yönündeki ifadelerin başvuranların itham edildikleri suçları işlediklerini onaylayan değerlendirmeler şeklinde yorumlanmasının mümkün olduğu, bir bütün olarak ele alındığında, polis yetkililerinin değerlendirilmesi ve kimlikleri kolayca ortaya koyan bilgilerin basına verilmesinin bağdaşmadığı, bu şekilde düzenlenen basın açıklamasının, bir yandan kamuoyunun başvuranların suçlu olduğuna inanmasını teşvik ettiği, diğer yandan yetkili hâkimlerin olayları değerlendirmesinde önyargılı davranmalarına neden olduğu*' ifadelerine yer vererek, kolluk kuvvetlerince hazırlanan basın bildirisi ile masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. (Karar ayrıntısı için bknz. Yargıtay, Çevrim içi, www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/43925_98.pdf,, Erişim Tarihi: 13.12.2015.)

3 Gizli soruşturma kapsamında kayıt altına alınan telefon görüşmelerinin basına sızdırıldığı, bu şekilde kamuoyu önünde suçlu olarak ilan edildiğini, Cumhuriyet Başsavcılığı'nca yürütülen soruşturmada, kovuşturmaya yer olmadığı yönünde karar verildiği, bu hali ile adil yargılanma hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği yönünde iddiada bulunan başvurucu açısından Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede; '***etkili bir soruşturma yürütülmesi ve sorumluların cezalandırılmasının*** *sağlanması konusunda* ***pozitif nitelikteki usul yükümlülüğünü somut olayda yerine getirip getirmediği araştırılmalıdır***' demek sureti ile soruşturmanın gizliliği ilkesinin ihlali halinde devletin sorumluluğunun doğacağının altını çizmiştir. (Anayasa Mahkemesi'nin 27.01.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 2013/6367 BB No. ve 10.12.2015 T. Kararı.)

lu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi,

b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması, gerekir.

(2) Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal eden kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için, tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.

(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi halinde, ceza yarısına kadar artırılır.

(5) Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(6) Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz.' düzenlemesine yer verilmekle *Soruşturmanın Gizliliği*'nin ihlal edilmesi halinin hukuka aykırı olduğu hüküm altına alınmıştır.

Madde metninin ayrıntılı olarak incelenmesi halinde görüleceği üzere; **TCK'nun 285. maddesi**nde yer alan gizliliğin ihlali suçunun işlenmiş sayılabilmesi için; soruşturma aşamasında yürütülen işlem ve eylemlerin açıklanması ile masumiyet karinesinin çökertilmesi ya da maddi gerçeğe ulaşmanın somut süjesi olan delillerin ortaya çıkartılmasını engelleyecek bir noktaya erişmesi gerekir.

Yine madde metninde yer aldığı üzere; soruşturma evresinde alınan gizlilik kararının gereğine aykırı tutum ve işlemlerde bulunanların hapis ya da adli para cezasına çarptırılması da mümkündür.

Özetle; **TCK madde 285** ile soruşturmanın gizliliği halinin korunma altına alınmış olduğu görülmektedir.[4] Soruşturmanın gizliliğinin korun-

4 TCK'nın 285. Maddesine ilişkin gerekçede de aynı husus şu şekilde ifade edilmektedir: *"Soruşturma evresinin gizliliği, bir defa ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük, gerçeğe*

masının temeli ise; *Normlar Hiyerarşisi*[5]nin tepesinde yer alan Anayasa[6] ve uygulama bakımından ulusüstü düzenleme olarak öncelikli olan[7] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne kadar dayanmaktadır.

Soruşturma evresinin gizliliği, şüphelinin masumiyet karinesi altında çeşitli ithamlar altında bırakılmaması ve soruşturma devam ederken kamunun eksik bilgilerle bir kanıya ulaşmasını engellemek amacı ile düzenleme altına alınmıştır.[8] Nitekim soruşturmanın gizliliği ilkesi adil yargılanma hakkının korunabilmesi için getirilmiş ve kabul edilmiş ilkelerdendir.

Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerden olan **Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi**'nin (BM MSHS) **14. maddesi**nde adil yargılanma hakkı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın *Cumhuriyetin nitelikleri* başlıklı **2. maddesi**nde*; 'Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve **adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı,** Atatürk milliyetçiliğine bağlı, **başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan**, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir*.' ve *Değiştirilemeyecek Hükümler* başlıklı **4. madde**sinde; '*Anayasanın ... 2 . maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ..... değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.*' , *Devletin temel amaç ve görevleri* başlıklı **5. madde**sinde de; '*Devletin temel amaç ve görevleri, ... Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, ... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma-*

---

ulaşma ilkelerine uyulması için bir zorunluluktur. Ancak her şeyden önce suçsuzluk karinesinin sağlam tutulabilmesi yönünden de vazgeçilemez niteliktedir. Aksi takdirde, bizde ve yabancı ülkelerde örneklerine rastlandığı üzere yargısız infazlar sonucu insanlar ıstıraplara sürüklenmekte ve suçsuzluk karinesi böylece lafta kalmaktadır."

5 Normlar Hiyerarşisinde üste doğru çıkıldıkça en sonda temel norma ulaşılır. Bu temel norm, normlar sistemindeki diğer normların geçerlilik nedenini oluşturur ve tüm hukuk düzeni bakımından temel bir kaynak teşkil eder. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Vecdi Aral, "Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri", İÜHF Yayını, İstanbul 1978, s. 46 vd.)

6 XI. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü: **AY m. 11**: '*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.'

7 **AY m. 90/5:** '*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*'

8 Murat Ceyhan, "Soruşturmanın Gizliliği ve Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi", Çevrimiçi, http://bit.ly/1OErNlF , Erişim Tarihi 25.11.2015.

ya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.' hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasa'nın devamı maddelerinden *Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması* başlıklı **13. madde**de; '***Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.***' , *Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması* başlıklı **15. madde**de; '*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde,* ***milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir*** *veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, ... suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*.' denilmek ile temel hak ve hürriyetlerin hangi şartlar dahilinde ne surette kıstılanabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak buradan da görüldüğü üzere; hiçbir kısıtlamanın milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlale gerekçe teşkil etmeyeceği, savaş vb. hallerde dahi masumiyet karinesinin yok sayılmasının mümkün olmadığı sabittir.

Özetle; Anayasa hükümlerinde, insan temel haklarına saygının vurgulandığı, bu temel hakların Cumhuriyetin de temel ilkelerinden olduğu ve bu ilkelerin hiçbir yasal düzenleme ile ortadan kaldırılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hali ile Anayasa'nın temel ilkelerinden olan insan haklarını koruma ilkesi gereğince *Adil Yargılanma ve İfade Özgürlüğü Haklarının* üstünlüğü tartışmasızdır.

2. SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU

Soruşturma evresinin gizliliğini ihlal TCK'nun 285. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında yaptırım altına alınmıştır.

Centel'e göre; böyle bir düzenlemeye yer verilmesinin ve gizlilik ilkesinin yasada açıkça belirtilerek yaptırıma bağlanmasının temel nedeni, masumiyet karinesinin ihlalini engelleme amaçlı olup, demokrasi kültürü ile geleneğinin, insan ve sanık hakları kavramlarının ve gizlilik ilkesi amacının kişiler, kamu görevlileri ve medya mensuplarınca özümsenmesinin sağlanmasıdır.[9]

9 Nur Centel, "Yeni Ceza Muhakemesi Yasasına Göre Hazırlık Soruşturmasının Başlaması ve Yürütülmesi", MÜHFD, 2005/1, s. 142.

Soruşturma evresinde yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlal edilmesinin sakıncaları arasında maddenin 1. fıkrasının (b) bendine eklenen *kişilerin suçlu sayılmama karinesinden* yararlanma hakkının, haberleşmenin gizliliğinin ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi de sayılabilir. Nitekim soruşturma evresinde yürütülen işlemler gizli yapılır. Bunun temel nedeni ise, delillerin güvence altına alınması ve sanığın lekelenmemesinin sağlanmasıdır. Aksi halde sanık savunma içgüdüsüyle hareket edip delilleri karartma yoluna gidebilecektir.[10]

Soruşturmanın gizliliği **CMK'nun 157. maddesi**yle doğrudan bağlantılıdır. Kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir, hükmü başta olmak üzere, kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararlar ve bu kararların gereği yapılan işlemler suçun konusunu oluşturmaktadır.[11]

Öte yandan, soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu bir tehlike suçudur. Hareketin yapılmasıyla suçun konusu üzerinde tehlikenin oluştuğu kabul edilir. İnceleme konusu olan suç tipinde suçun mağduru, muhakemenin yürüyüşünde gizliliğin ihlal edilmesi ile masumiyet karinesine, özel hayatına, haberleşme hürriyetine ve Anayasa tarafından korunan temel haklarına saldırılan kimsedir.[12]

Maddede yer alan suçun işlenmesiyle, masumiyet karinesinden yararlanma hakkı ve özel hayatının veya haberleşme içeriklerinin gizliliği ihlâl edilen kişi, mağdurdur. Ancak, bu kişinin söz konusu soruşturma kapsamında şüpheli olan kişi olması şart değildir. Özellikle, özel hayatın veya haberleşme içeriklerinin gizliliğinin ihlâli bakımından bu kişi, şüpheli dışında soruşturma konusu suçun mağduru veya sair bir kişi de olabilir.[13]

---

10 Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 94. Yener Ünver-Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2010, s.488. Ali Parlar-Muzaffer Hatipoğlu, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu*, 4. Cilt, Ankara 2008, s. 4356. Cengiz Bardak, *Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması*, Yetkin Yayınları 1996, s. 44.

11 Kubilay Taşdemir – Ramazan Özkepir, *Yeni TCK-CMK-CGİK Tasarılar-Gerekçeler*, Turhan Kitabevi Ankara 2005, s.682. Necati Meran, *Hakaret – İftira Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama, Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları AİHM Kararları ile İçtihatlı – Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak*, Seçkin Yayınları 2014, s.354.

12 İzzet Özgenç, "Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları", Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 8 Ekim 2010 Kolokyum, s.154.

13 Kerim Çakır, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Gizliliğin İhlali Suçu ve Ceza Muhakemesi Hukuku İle İlişkisi", MÜHF – HAD, C. 18, S. 1, s. 252.

3. SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ İLKESİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER İLE İLİŞKİSİ

Soruşturmanın gizliliği kavramı özellikle adil yargılanma hakkı ve ifade özgürlüğü hakkı gibi en temel haklar ile ilgilidir. Bu nedenle, bu haklardan güç aldığı gibi; pratikte bu haklara aykırı sonuçlar doğurduğu da görülmektedir.

Soruşturmanın gizliliği, esasen adil yargılanma hakkının gereklerinden biri olup; kişinin leh ve aleyhine olarak toplanacak olan delillerin gerek biraraya getirilebilmesi için harcanan emek ve mesainin gerekse de toplanan delillerin sıhhattinin korunabilmesi için gereklidir.

Gizliliğin amacı, suçun işlenmesinden, kamu davası açılıncaya kadar geçen sürede sanık(lar)ın gecikilmeden tespiti, firarların önlenmesi, suçla ilgili delillerin toplanması ve kamu davasının temelini teşkil eden hazırlık soruşturmasının eksiksiz ve tam yapılmasıdır.[14] Ceza soruşturmasının adil yargılanma hakkını da içerir bir şekilde yürütülmesini sağlamak, hukuk devletinin bir gereğidir.

Öte yandan, masumiyet karinesinin etkisi, ceza davasının yalnız sonuçlarıyla ilgili değildir. Bu ilkenin; suçlama anından itibaren ceza muhakemesinin amacının, önceden belirlenmiş usul kuralları çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşmak olduğu ve suç işlediği ileri sürülen bireye, aralarında tutuklama gibi kişi hürriyetini ağır biçimde kısıtlayan ceza muhakemesi tedbirlerinin tatbik edilebileceği göz önüne alındığında, yargılamanın belki de en önemli süjesi olan şüpheli ya da sanık için önemli bir güvence sağladığı izahtan varestedir. Bu güvencenin tavizsiz bir şekilde gerçekleşebilmesi ve ceza muhakemesinde etkin bir koruma sağlayabilmesi için *soruşturmanın gizliliği* ilkesi hayati bir öneme sahiptir.

Soruşturma sürecinde gündeme gelebilecek olan tedbirler açısından yapılacak değerlendirmelere ışık tutabilceğini düşündüğümüz **Anayasa Mahkemesi'nin 2014/18803 Başvuru no. ve 10.12.2014 T. kararında**[15] ayrık görüş belirten **Haşim Kılıç, Alparslan Altan** ve **Erdal Tercan** ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamalar hakkında öngörülecek olan terbirler açısından; '*...AİHM müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmasını, "zorlayıcı sosyal ihtiyaç" ın varlığına dayandırmaktadır. Buna göre,* ***sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanması***

14 Adem Çelik, "Silahların Eşitliği İlkesi ve Müdafiin Dosya İnceleme Yetkisi", Terazi Hukuk Dergisi, Mayıs 2011, Sayı:57, s.26.

15 Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı Mahmut Tanal ve Diğeleri BB. No: 2014/18803, Çevrimiçi,http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/014cfdeb-bd78-4dab-b705-0f815d8e4e86?wordsOnly=False Erişim Tarihi 15.12.2015.

ya da gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmemektedir*. ..ifade ortamına dâhil olan ifade edenin sıfatı, hedef alınan kişinin kimliği, tanınmışlık düzeyi, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi çeşitli hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. (Bu konudaki AİHM kararları için bkz. Axel Springer AG / Almaya, [BD], B.No: 39954/08, 7/2/2012; Von Hannover/ Almanya (no.2) [BD], 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012)*' yönünde görüş bildirmişlerdir.

Soruşturma evresinin gizliliği; ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük ve insan haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşma ilkelerine uyulması için de bir zorunluluktur. Ancak *soruşturmann gizliliği* ilkesi, yukarıda değindiğimiz temel haklardan olan *Adil Yargılanma Hakkına* hizmet etmek amacı ile ve bu amaç dâhilinde uygulanmalıdır.

Bu kapsamda, dosya üzerinde gizlilik kararını sulh hâkiminden talep edecek iddia makamının talebinde, "soruşturmanın amacının neden tehlikede olduğunu" belirtmesi de gerekmektedir.

Gizlilik kararının, her somut olay açısından iddia makamı tarafından suiistimal edilmesi de kabul edilemez. Dolayısıyla, otomatikleşen bir yargı mekanizması içinde iddia makamının, talebini *doğrudan onaylayacak* sulh ceza hâkimine göndermeden önce belirli koşullara uyması gerekmektedir.

AİHM'nin incelediği **Gorny – Polonya**[16] davasında, kamu menfaati adına verilen gizlilik kararlarının meşruiyeti tartışılmıştır. Mahkeme kararında, **Gizlilik kararlarının ancak istisnai durumlarda kullanılabileceği ve istisnanın kural haline gelmemesi gerektiğinin** altı çizilmiştir.

Gizlilik kararının tedbir niteliği de düşünülerek, sulh ceza hâkimince verilecek olan bir kısıtlama kararının gerekçeli olması gereği de açıktır. Zira **CMK m. 33** uyarınca, hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, gerekçeli yazılmak zorundadır. Bu gerekçe sözde bir gerekçe değil; gerçek bir gerekçe niteliği taşımalıdır.

Konuyla ilgili olarak, Hâkimler ve Savcılar Yüksek kurulu'nun 09.12.2013 tarihli 'Soruşturma aşamasında avukatların dosya içeriği incelemesi'ne ilişkin yazısında*; 'Gizlilik, soruşturma işlemlerinde ilgililerden başka kimsenin hazır bulunamamasını ve soruşturma evrakının kamuya açık olmamasını ifade etmektedir. Avrupa İnsan Hakları*

16 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Çevrimiçi, http://hudoc.echr.coe.int/, Erişim Tarihi: 05.12.2015.

Sözleşmesi'nin "6'ncı maddesinin ikinci fıkrası ile Anayasası'nın 38'inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar herkesin masum sayılacağı ifade edilmiştir. Soruşturmanın gizliliği ilkesinin, sanığın lekelenmeme hakkı gibi üstün menfaatlerini koruması sebebiyle bunun getirdiği kişilerin lekelenmeme hakkı bulunduğundan makul bir gerekçesinin olması gerektiği açıktır.' denilmiştir.

AİHM'nin **Allenet de Ribemont – Fransa**[17] kararında da; '*Başvurucunun gözaltındayken Fransız polisinden bazı üst düzey memurların hiçbir niteleme veya çekince getirmeden cinayetin teşvikçilerinden biri ve şeriki olarak gösterilmesi sonucu, kamuoyunda suçlu olduğuna inanılmasının sağlanmasının ve yargısal makamların olayları takdir tarzına zarar vermesini masumiyet karinesinin ihlali olduğuna,* ***masumiyet karinesinin sadece bir yargıç veya mahkeme tarafından değil ve fakat diğer kamu makamları tarafından da ihlal edilebileceği****, Sözleşmenin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün, bilgi edinme ve verme özgürlüğünü de içerdiği, bu nedenle Sözleşmenin 6. maddesinin ikinci fıkrasının, yürütülmekte olan* ***cezai bir soruşturma hakkında yetkililerin kamuyoyuna bilgi vermesini önlemeyeceği; ancak masumluk karinesine saygı gösterilmesi söz konusu olduğunda, bilginin tam bir takdir ve ihtiyatla verilmesi gerektiği'*** görüşüne yer vererek soruşturmanın gizliliğinin, iddia makamının suçlayıcı iddialarının kamuoyu ile paylaşmasını önleme ve masumiyet karinesine hizmet etmek için kullanılması gerektiğini açıklamıştır.

4. SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ KARARININ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKINA DOKUNAN BOYUTU

Soruşturma ve/veya kovuşturma işlemlerinin haber konusu yapılması hali ancak haber verme sınırları çerçevesinde olduğu ölçüde makul görülebilecek olup; haber verme sınırlarının ise; her somut olayda ayrı değerlendirme konusu edileceği, değerlendirmenin ise; kamuoyunda yarattığı algı, siyasi ve politik konjuktörler bağlamında şekilleneceği ancak pek tabi ki **Anayasa'nın 138. maddesi** gereği bağımsızlığı güvence altına alınmış olan hâkimlerce karara bağlanabileceği unutulmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi, yayın yasağının ifade özgürlüğüne yönelik ihlal değerlendirmesinin AİHM tarafından geniş şekilde yorumlandığını, bu

17 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Çevrimiçi, http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57987&filename=001-57987.pdf, Erişim Tarihi: 23.12.2015. Avrupa Birliği Karar ve İçtihatları, Çevrimiçi, http://www.caselawofeu.com/?faq-item=case-allenet-de-ribemont-v-france-application-1517589-judgement-10-february-1995 , Erişim Tarihi: 23.12.2015.

bağlamda genel bir yasaklamanın herkes açısından ihlal teşkil ettiğinin kabul edildiğini şu şekilde açıklamaktadır; '*..ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda mağdur sıfatı daha geniş yorumlanmakta, korunan diğer haklarda olduğu gibi, doğrudan belirli bir şahsa yönelik etkinin veya bağlantının mevcudiyeti mutlak bir koşul olarak görülmemektedir. Bu açıdan mağdur sıfatının belirlenmesinde ifade özgürlüğü ile diğer haklar örneğin mülkiyet hakkı ihlaline ilişkin iddialar farklı bir bakışla incelenmektedir. Bu yaklaşım farklılığındaki temel unsur, ifade özgürlüğünün diğer insan haklarına nazaran, demokratik bir sistemin varlığı açısından AİHS ve Anayasa karşısında sahip bulunduğu temel önemden kaynaklanmaktadır. ....* ***AİHM, kamuyu ilgilendiren meselelerde, kamuoyunun bilgilendirilmesini engelleyen tedbirler söz konusu olduğunda, 10. madde yönünden çok daha dikkatli bir incelemede bulunacağına, kamuoyunda görüş oluşturma fonksiyonunun korunması olgusunun sadece medya ve profesyonel gazetecilerle sınırlı olmadığına işaret etmiştir*** *(Társaság A Szabadságjogokért/ Macaristan, (Başv. 37374/05), 14 Nisan 2009, para.26)..... ... Sulh Ceza hâkimi tarafından "soruşturmanın bitim tarihi olan 27.12.2014 günü mesai sonu bitimine kadar tüm yazılı, görsel ve internet ortamında yapılan yayınlar hakkında yayın yasağı konulmasına" karar verilmiştir.* ***Getirilen bu genel yayın yasağından, başvuruculaların da bilgilenme haklarının ve ifade özgürlüklerinin belirli bir tarihe kadar da olsa, olumsuz yönde etkilendiği açıktır. Getirilen yayın yasağının genel olması, doğrudan başvuruculara yönelik olmaması, bu olumsuz etkilenmenin ortaya çıkmadığı sonucunu doğurmaz.***'[18]

Öte yandan AİHM, topluma mal olmuş kimseler yönünden kamunun aydınlatılmasının, soruşturmanın gizliliğini ihlal etmeyeceğine hükmetmektedir.

Dupuis vd. – Fransa[19] kararında; "*Başkan'ın Kulakları*" isimli kitaplarında bir ceza soruşturmasına ilişkin gizli bilgileri ifşa eden iki gazetecinin ve bir yayıncının ifade özgürlüğünün Fransız devleti tarafından ihlâl edildiğine oybirliğiyle karar vermiştir. Mahkeme, kitabın konusu itibariyle kamuoyunu yakından ilgilendirdiğini, **kitapta bahsedilen kişinin bir siyasetçi olması dolayısıyla kamunun yargılamayla ilgili bilgilenmeye hakkı olduğunu** tespit etmiştir. Kitabın yayınlandığı dönemde zaten soruşturmaya ilişkin çok sayıda haberin medyada yayınlanmış olduğu ve söz konusu kişi hakkında soruşturma olduğunun kamuoyu tarafından

18 Anayasa Mahkemesi'nin 2014/18803 Başvuru no. ve 10.12.2014 T. Kararı.

19 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Çevrimiçi, http://hudoc.echr.coe.int/, Erişim Tarihi: 05.12.2015.

bilindiği gerekçesiyle, soruşturmanın gizliliğinin daha üstün bir menfaat olmadığına karar vermiştir.

Yine, kamunun aydınlatılmasının soruşturmanın geldiği aşama ve yayının niteliği gibi unsurlar yönünden de değerlendirdiği **Sunday Times – Birleşik Krallık**[20] davasında da; toplumun genel sağlığını ilgilendiren bir ilacın kullanılması sırasında görülen bazı zararlar üzerine açılan bir dava sırasında o davayı etkileyebilecek bir makalenin mahkeme kararıyla engellenmesi üzerine AİHM makalede ılımlı terimler kullanıldığı, bu konuda zaten önceden ulusal çapta başlatılmış bir kampanya bulunduğunu, uzlaşma görüşmelerinin yıllarca sürmüş olması ve makalenin yasaklandığı sırada duruşma aşamasına gelinmemiş olması ve **mağdur olan ailelerin makaledeki bilgileri öğrenmede çıkarları olduğunu**, bu tür bilgi ve düşünceleri yaymanın basının görevi olduğu ve kamu yararı gibi gerekçelerin gösterilmesi ile ifade özgürlüğü yönünden ihlal kararı vermiştir.

Mahkeme, **Weber – İsviçre**[21] kararında ise; soruşturma aşamasında o ülkenin yasasına göre normatif olarak gizli kalması gereken her türlü bilginin açıklanması yasağının 10/2. maddedeki kayıtlamaya tabi olamayacağını bildirdikten sonra o somut olay açısından açıklanan bilginin gizliliği ihlal etmeyeceğini hüküm altına almıştır. Böylece mahkeme, **kamuya mal olmuş siyasi meseleler açısından açıklanan gizli bilginin soruşturmanın gizliliğini ihlal etmeyeceğini** ifade etmiştir.

Nihayet, **New Verlags GMBH ve Cokg – Avusturya**[22] kararında; politikacı olan sanığın yargılanması aşamasında, fotoğrafının yayımlanmasının yasaklanmasının gizliliği korumayacağını ve AİHS'nin 10/2 maddesinde yer alan kayıtlamaya tabi olmadığı belirtilmiştir.

AİHM kararlarında, soruşturmanın gizliliği ilkesinin ifade özgürlüğünün ötesine geçemediği hallerin çoğunlukta olduğu görülmektedir. Elbetteki Mahkeme, değerlendirmesine yön veren her bir somut olay açısından, ihlal iddiasına ilişkin ayrıntılı incelemede bulunmakta ve adil yargılanma hakkı ile kamu menfaati arasındaki dengenin hangi yönde davranılmak ile tesis edilmesi gerektiğine ilişkin yol göstermektedir.

Soruşturmanın gizliliği kapsamında alınacak yayın yasakları özelinde konuyu değerlendirmeye yönelik yasal düzenlemeleri de kısaca hatırlaya-

---

20 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Çevrimiçi, http://hudoc.echr.coe.int/, Erişim Tarihi: 05.12.2015.

21 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Çevrimiçi, http://hudoc.echr.coe.int/, Erişim Tarihi: 05.12.2015.

22 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Çevrimiçi, http://hudoc.echr.coe.int/, Erişim Tarihi: 05.12.2015.

cak olursak; **5287 sayılı Basın Kanunu**'nun *Basın Özgürlüğü* kenar başlıklı **3. madde**sinde; '*Basın özgürdür. Bu özgürlük, bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir. Basın özgürlüğünün kullanılmasının ancak demokratik*[23] *bir toplumun gereklerine uygun olarak, başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir*.' denilmiştir.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin **27. madde**sinde; '*Suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar* ***kişinin masumiyeti esastır ve soruşturma evresi gizlidir****. Bu nedenle, soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin "suçlu" olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmez ve soruşturma evrakı hiçbir şekilde yayımlanamaz*' hükmüne yer verilmiştir.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un *Yayın Hizmeti İlkeleri* kenar başlıklı **8. madde**sinin 1. fıkrasının (i) bendinde; '*Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimse suçlu ilân edilemez veya suçluymuş gibi gösterilmez; yargıya intikal eden konularda yargılama süresince, haber niteliği dışında yargılama sürecini ve tarafsızlığını etkiler nitelikte olamaz*' hükmüne yer verilmek suretiyle bu konudaki ilkeler ortaya konulmuştur.

Konuya ilişkin olarak **Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 22.12.2015 tarih ve 153 sayılı Genelgesi**'nde de; '*….1) Anayasa, AİHS, yukarıda anılan mevzuat hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla tanınıp korunan****, adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan masumiyet karinesi ile lekelenmeme hakkı,*** *hâkim ve Cumhuriyet savcısının tarafsızlığı ile mahkemelerin bağımsızlığı ilkeleri yanında ilgililerin kişilik hakları ve* ***soruşturmanın gizliliği prensibi göz önünde bulundurularak****; a****. Kamuoyunun haber alma özgürlüğüne ve doğru bilgilendirilme hakkına saygı gösterilmesi*** *…. 3) Soruşturmanın gizliliğini ihlal eden kişi ya da kuruluşlar hakkında derhâl kanuni gereğine başvurulmak suretiyle masumiyet karinesinin zedelenmesinin önlenmesi ile kişilik haklarına saldırı imkânı verilmemesi, kişilerin onurlarını kırıcı, küçük düşürücü, siyasî*

23 Demokratik bir toplumda kabul edilebilecek kriterlere göre sınırlamalara gidilebilecektir. Bu kriterler; acil toplumsal ihtiyaç, gereklilik, orantılılıktır.

görüşleri açıklayıcı mahiyette veya bu anlamlara gelebilecek nitelikte ifadeler ve davranışlar ile ***soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek açıklamalara yer verilmemesi, gizli kalması gereken hususların açıklanmaması****, 4) Soruşturmanın gizliliği ilkesi, kişilik hakları ve* ***masumiyet karinesi ile delillerin güvence altına alınması hususları göz önünde bulundurularak****; a. Basın açıklamasının, kamuoyu nezdinde kişinin suç işlediğinin sabit olduğu kanaatini uyandıracak mahiyette olmaması, b. Gözaltındaki kişilerin suçlu olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüneçıkarılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmemesi, soruşturma evrakının basın yayın organlarına verilmemesi ve bu evrakların basın organlarında yayımlanmasının önlenmesi,*

c. ***Soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyerek istediği belgelerin bir örneğini alan şüpheli ya da müdafii, mağdur ya da şikâyetçi ile suçtan zarar gören ve vekillerinin gizli kalması gereken hususları açıklamamaları yönünde uyarılması****ı,.....'*[24] yönünde ilkelerin benimsenmesi ve uygulanması gereğinin altı çizilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2014/18803 Başvuru no. ve 10.12.2014 T. kararında ayrık gerekçe sunan ve soruşturmanın gizliliği kapsamında alınan yayın yasaklarının sınırlayıcılığına ilşikin endişelerini dile getiren üyeler, **Haşim Kılıç, Alparslan Altan** ve **Erdal Tercan**; '*...**ceza soruşturmasının etkin olarak sürdürülebilmesi için gizli yapılmasına oranla soruşturma hakkında genel bir yayın yasağı konulması çok daha geniş kapsamlı ve çok daha sınırlayıcı bir önlemdir.** Türk Ceza Kanunu'nun 285. maddesinin son fıkrası soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu ile ilgili olarak önemli bir istisnaya yer vermiştir. Fıkradaki düzenleme, "Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz." şeklindedir. Yani **kural, soruşturmanın gizliliği ile birlikte aynı zamanda soruşturmanın gizliliğine riayet etmek koşuluyla haber yapılabilmesini de korumaktadır**. Soruşturmanın gizliliğini ihlal, zaten başlı başına suç teşkil etmekte olup müeyyidesi Ceza Kanununda bulunmaktadır. Buna rağmen **soruşturmanın gizliliğini ihlal etmeksizin yapılacak yayınlar hakkında da yasak getirilmesi geniş bir alanda ifade, basın ve haber alma hürriyetlerinin kısıtlanması sonucunu doğuracaktır**.....Soruşturmanın gizliliğini ihlal, haber verme maksadını aşan, iftira ve hakaret niteliğindeki yayınlar yapmak zaten herhangi bir ya-*

24 Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 153/1 Sa. Genelgesi, Çevrimiçi, http://www.adalet.gov.tr/genelgeler/, Erişim Tarihi 23.12.2015.

saklama olmaksızın Türk Ceza Kanununda suç olarak düzenlenmiş bulunmakla birlikte, suç ve yasak kapsamının haber verme ve haber alma haklarını da kapsayacak şekilde genişletilmesi kabul edilemez. Bu bakımdan, haber verme hakkının sınırlarını aşan kişiler her zaman sorumlu tutulabilirler.' demek sureti ile **haber alma hakkını gasp eder surette yasaklamaya gidelemeyeceğini, genel yayın yasağının çok sınırlayıcı** ve TCK m. 285/son hükmüne aykırı olduğunu belirtmişlerdir.

Aynı kararda, farklı gerekçe ile ayrık görüş sunan diğer üyeler; **Serruh Kaleli** ve **Recep Kömürcü** ise; '***AİHM, Ürper ve Diğerleri/ Türkiye kararında bir kısım yayın organlarının ileriye dönük olarak belli bir süre ile daha içeriği henüz belli olmayan yayınlarının basım ve dağıtımının yasaklanmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmüştür****. (Ürper ve Diğerleri / Türkiye (B. no: 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 ve 54637/07 p. 44-45) bu nokta kararda şöyle ifade edilmektedir 'AİHM, yerel mahkemelerin, kısa süreliğine de olsa ülkede Özgür Gündem, Gündem, Güncel ve Gerçek Demokrasi gazetelerinin basım ve dağıtımlarını durdurarak, kendilerine tanınan ***sınırlı takdir yetkisini aştığını*** ve basının demokratik toplumun gözlemcisi rolünü ***gerekçesiz bir şekilde sınırlandırdığı*** sonucuna varır (kıyâsen bkz., Cumpana ve Mazare - Romanya, no. 33348/96; Obukhova - Rusya, no. 34736/03). 3713 No.lu Kanun'un 6/5 maddesi temel alınarak gazetelerin tamamının ileriki basımlarını yasaklamak, **demokratik bir toplumda "gerekli" olan sınırlama kavramını aşmış ve sansür boyutuna ulaşmıştır**.' 22. Türk Ceza Kanunu'nun 285. maddesinin son fıkrası soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun tanımına getirdiği istisna "Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz." şeklindedir. Yani soruşturmanın halen **suç oluşturmadan haber konusu yapılabilecek bir alanının varlığını koruduğu açıktır**.'* ifadesi ile yayın yasağının kanuna dayandırılmaya çalışılırken uygulayıcının yetki aşımında bulunduğunu, demokratik toplumun gereği sınırının aşılması ile sansür boyutuna ulaşmasının haklı görülemeyeceği yönünde görüş bildirmişlerdir.

29.01.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesi'nin 2014/195 E., 2015/116 K. 23.12.2015 tarihli kararında; Demokratik toplum düzenin gerekleri düşünülerek, getirilecek sınırlamaların Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması, kısıtlamaların istisnai ve özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldırmayacak surette olması gereği açıklanmıştır. Temel hak ve hürriyetleri gereksiz ve ölçüsüz biçimde sınırlayan bir düzenlemenin kamu yararına dayansa bile hukuk devleti

ilkesine aykırı olacağı, temel hak ve özgürlüklere müdahale alanını artırıcı düzenlemeler yapılması halinde bunun haklı nedeninin ortaya koyulması gereği aktarılmıştır.

Kararda sınırlamanın ölçütü olarak, hakkın özüne dokunma hali açısından; temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olma ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşıma halinin varlığının araştırılacağı ifade edildikten sonra; ' *Anayasa'nın 13. Maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, 'temel hak ve hürriyetlerin özü', 'demokratik toplum düzeninin gerekleri' ve 'ölçülülük ilkesi' kavramları bir bütünün parçaları olup, demokratik bir hukuk devletinin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır*.' denilerek gözönünde tutulacak öğeler açıklanmıştır.

İfade özgürlüğünün haber alma ve vermeyi de kapsadığı bu kapsamda, Anayasa'nın her türlü ifade aracını koruma altına aldığı, gelişen teknoloji ile vüduca gelen internet ve sosyal medyanın da bu bağlamda değerlendirilerek; internetin modern demokrasilerde ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından yadsınamaz bir değer taşıdığı, sosyal medya zeminin ifade özgürlüğü kapsamında vazgeçilmez nitelikte olduğu, bu nedenle, tedbiren verilen erişim engelleme kararlarının temel hak ve özgürlüklere dokunan boyuta ulaşmasının önüne geçilmesi gereğinin altını çizen, Anayasa Mahkemesi'nin 28.01.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 2014/87 E., 2015/112 K. Sayı ve 08.12.2015 tarihli kararında; '*..112. Anayasa'nın 26. Maddesinde düzenlenen 'düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırları ise maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, bu özgürlüğün kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. 113. Anılan düzenlemeler uyarınca* ***ifade özgürlüğü****, sadece 'düşünce ve kanaate sahip olma' özgürlüğünü değil, aynı zamanda sahip olunan 'düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma', buna bağlı olarak '****haber veya görüş alma ve verme' özgürlüklerini de kapsamaktadır.*** *Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yıllarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabil-*

mesi anlamına gelir. 114. Anayasa'nın 26. Maddesinde, ***düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar 'söz, yazı, resim veya başka yollar' olarak ifade edilmiş ve 'başka yollar' ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir****. 115. Öte yandan, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Nitekim Anayasa'nın 26. ve 28. Maddelerinin koruma altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 13. Maddesindeki koşullara uygun olarak, bu hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özelerine de dokunamaz. 116.* ***İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır****.* ***Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılma imkan veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklindeki medya kanalıdır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir****. 117. Bir internet sitesine* ***erişimin engellenmesine karar verildiği hallerde hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin göz önünde bulundurulması*** *zorunludur...162. Anayasa'nın 13. Maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.* ***Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını*** *da içeren bir ilkedir. 163. Anayasa'da güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bir sınırlama imkanı getirildiği hallerde ilgili Kanun'da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla belirtilmesi gerekmektedir....166. İnternet, ticaretten siyasete, basın – yayından devlet işlemlerine kadar hayatımızın her alanında çok yoğun kullanılan bir iletişim aracıdır. Bireylerin hal ve hürriyetlerini kullanırken devletin müdahalesine uğrayacakları endişesine sahip olmaları, bu hak ve hürriyetlerini serbestçe kullanmalarını engellemekte, bireylerin demokratik toplum düzenininim temellerini inşa etme fonksiyonunu geri dönülmez biçimde zedelemektedir.* ***Bireyler interneti Anayasa'da tanımlı birçok hak ve hürriyetin kullanılması noktasında araçsallaştırmaktadır. Örneğin bireyler haberleşme özgürlüğünü, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğünü, eğitim ve öğ-***

***renim hürriyetini, haber alma hürriyetini, iktisadi girişim hürriyetini internet yoluyla kullanabilmektedirler**. Bu hürriyetlerin sınırlandırılma sebepleri de her bir hürriyeti düzenleyen Anayasa hükmünde yer almaktadır.'*

Öte yandan, internetin geliştirmeye ve teşvike açık bir alan olduğunun altını çizen ancak kötüye kullanıma açık olduğunun da gözetilmesi gerektiğini belirten ve ayrı gerekçe sunan üyeler; **Hicabi Dursun, Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç**; '*..internetin, modern demokrasilerde, başta ifade özgürlüğü olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunduğunda, medya içeriği oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkân veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklinde işleyen bir medya kanalı olduğunda, sağladığı sosyal medya zemininin, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez nitelikte olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle de kanaatimizce teşvik edilmesi, geliştirilmesi gereken bir alandır. Ancak, aynı platformun kimi zaman kimilerince **manipülasyon amaçlı ve iftira niteliğinde üretilen yanlış bilgi ve yalanların saniyeler içerisinde mekan engeline takılmadan dünyanın dört bir yanına yayılmasına olanak sağladığı, böylelikle de kimi kişiler hakkında telafisi imkansız zararların oluşmasına neden olabilecek şekilde kullanılabildiği** de unutulmamalıdır.*' ifadesine yer vermişlerdir.

Nihayet, 29680/05 Başvuru No.'lu Dilipak/ Türkiye kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; ifade özgürlüğünün demokratik toplumun başlıca temellerinden biri olduğu ve sadece hoşa giden ya da insanları incitmeyen veya önemsemeyen "bilgi" ve "düşünceler" için değil, aynı zamanda devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şoke eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğu *(Handyside/ Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976, § 49, A serisi, No. 24, Castells/ İspanya, 23 Nisan 1992, § 42, A serisi No. 236, Jersild/ Danimarka, 23 Eylül 1994, § 37, A serisi, No. 298 ve Prager ve Oberschlick/ Avusturya, 26 Nisan 1995, § 38, A serisi, No. 313 ve Animal Defenders International/ Birleşik Krallık [BD], No. 48876/08, § 100, AİHM 2013 (özetler)).* basının kamu yararını ilgilendiren her bilgi ve düşünceyi iletme görevi bulunduğunu *(De Haes ve Gijsels/Belçika, 24 Şubat 1997, § 37, Derlemeler 1997-I),* sözleşme'nin 10. maddesinin kamu yararı ile ilgili olarak gazetecilere sağladığı güvencenin, ilgililerin doğru olaylara dayanarak iyi niyetle hareket etmeleri ve gazetecilik etiğine riayet ederek "güvenilir ve doğru" bilgiler sunmaları koşuluna bağlı olduğunu *(bk. örnek olarak, Colombani ve diğerleri/ Fransa, No. 51279/99, § 65, AİHM 2002-V, Pedersen*

ve Baadsgaard/ Danimarka [BD], No. 49017/99, § 78, AİHM 2004-XI ve Masschelin/ Belçika (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 20528/05, 20 Kasım 2007), bu durumun, basın özgürlüğünün, aynı zamanda belli bir dozda abartı ve hatta provokasyon içermesine engel olmayacağını da ifadelerine eklemiştir. *(Prager ve Oberschlick kararı, § 38)*

Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasının, genel kamu yararı ve siyasi söylemleri ilgilendiren konulara dair ifade özgürlüğü kullanımına herhangi bir kısıtlama getirilmesine hiçbir şekilde izin vermediğini hatırlatarak *(Wingrove/Birleşik Krallık, 25 Kasım 1996, § 58, Derlemeler 1996-V ve Seher Karataş/ Türkiye, No. 33179/96, § 37, 9 Temmuz 2002), b*u bağlamda; açıklanan görüşler şiddeti teşvik etmiyorsa -bir başka ifadeyle, söz konusu görüşler şiddet yollarına başvurmayı veya kanlı eylemleri tavsiye etmiyorsa, taraftarlarının hedeflerini gerçekleştirmek için terör eylemleri yapılmasının haklı göstermiyorsa ve yine belli kişilere karşı derin ve akıl dışı bir kin saiki ile şiddet yoluna başvurmayı teşvik edecek şekilde yorumlanamıyorsa- sözleşmeci devletlerin, 10. maddenin 2. fıkrasında sayılan amaçları, yani ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarını ileri sürerek bile kamuoyunun bu görüşleri öğrenme hakkını kısıtlayamayacağına karar vermiştir *(Sürek/Türkiye (no 4) [BD], No. 24762/94, § 60, 8 Temmuz 1999, yukarıda anılan Nedim Şener kararı, § 116 ve yukarıda anılan Şık kararı, § 105).*

İfade özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın "gerekliliği"nin ikna edici şekilde ortaya konulması gerektiği, üstün kamu yararının ulusal makamlarca belirlenecek olmasına karşın, takdir yetkisinin Avrupa denetimi ile bir arada yürüyecek olduğunu ifade eden mahkeme *(bk. örnek olarak, Sunday Times/Birleşik Krallık (no 2), 26 Kasım 1991, § 50, A serisi no 217), a*ynı şekilde, sınırlamanın hedeflenen meşru amaçla orantılı olup olmadığı belirlenirken *(Fressoz ve Roire/ Fransa [BD], No.29183/95, § 45, AİHM 1999-I),* 10. maddenin 2. fıkrasının gerektirdiği üzere, nahkeme tarafından yapılacak incelemenin titizlikle yapılması gerektiğinin de altını çizmiştir *(mutatis mutandis, Sunday Times/Birleşik Krallık (no 2) kararı, § 51).*

5. SONUÇ

Soruşturmanın gizliliği, adil yargılanma hakkının tesisi için gerekli olmasına karşın, basının gizliliğe aykırı eylemlerde bulunması halinde kamuoyunun görüşü şekillendirilerek mahkemelerin bağımsızlığına gölge düşürülebilmektedir.

Bu kapsamda, soruşturmanın gizliliği sınırlarının belirlenmesi basın özgürlüğü, ifade özgürlüğü, kamunun aydınlatılması gibi sair hak ve özgürlükler ile de çatışmasının önüne geçebilecek şekilde yorumlanmalıdır. Sansür boyutuna ulaşacak kararlar vermek yerine, tedbir niteliği gözetilerek, hakkın kullanımına hizmet edecek şekil ve şartlar dâhilinde uygulamaya gidilmesi önem arz etmektedir.

Gerek yerel ve gerekse de yüksek mahkemelerin soruşturmanın gizliliği konusu ile ilgili birçok kararı bulunmaktadır. Kavramın uygulamasında yaşanan sıkıntıların aşılabilmesi için konuya ilişkin AİHM kararları gözetilerek uygulamaya gidilmesi gereği açıktır.

Bu kapsamda yukarıda yer verdiğimiz kararlarda, ifade özgürlüğünün internet ve sosyal medyaya kadar uzanan her türlü aracı kapsar nitelikte anlaşılması gerektiği, haber almak kadar yaymanın ve hatta devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şoke eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceleri de kapsamına aldığı gözönünde tutularak erişim engelleme yönünde uygulamaya konu edilen kararlarının tedbir niteliğinin demokratik toplumun gerekleri ile örtüşecek surette olup olmadığının değerlendirmesinde titiz davranılması gerektiği, tedbirlerin demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlama kavramını aşması ve sansür boyutuna ulaşması halinde ulusal mercilerin kararlarının Avrupa denetimi ile muhattap olabileceğinin unutulmaması gerektiği, basın özgürlüğünün sınırlarının gerek genel gerekse özel kanunlar ile çizildiği gibi etik ilkeler ile de yönetildiği, öte yandan soruşturmanın gizliliği ilkesinin adil yargılanma hakkını zedeleyecek yönde ihlal edilmesi ile masumiyet karinesine zarar verilmesi halinde kamu menfaati ile birey özgürlükleri arasındaki dengenin kurulması noktasında üzerine büyük yük düştüğü açıktır.

Günümüz iletişimi ve yayıncılığının teknoloji odaklı ilerlemesi de gözönünde tutularak; ifade özgürlüğüne müdahale teşkil eden her türlü tedbirin uygulamasında, Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğu yönündeki Anasaya'nın (değiştirilemez) 2. maddesi hükmü çerçevesinde hareket edilmesi halinde, ihlallerin ve yaptırımların da yadsınamayacak boyutta azalacağı unutulmamalıdır.

,

KAYNAKÇA

- **Bardak, Cengiz:** *Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması*, Yetkin Yayınları 1996, s. 44.
- **Centel, Nur:** "Yeni Ceza Muhakemesi Yasasına Göre Hazırlık Soruşturmasının Başlaması ve Yürütülmesi", MÜHFD, 2005/1.
- **Centel, Nur; Zafer, Hamide:** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 94.
- **Ceyhan, Murat:** "Soruşturmanın Gizliliği ve Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi" , Çevrimiçi, http://bit.ly/1OErNlF, Erişim Tarihi 25.11.2015.
- **Çakır, Kerim:** "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Gizliliğin İhlali Suçu ve Ceza Muhakemesi Hukuku İle İlişkisi", MÜHF – HAD, C. 18, S. 1, s. 252.
- **Çelik, Adem:** "Silahların Eşitliği İlkesi ve Müdafiin Dosya İnceleme Yetkisi", Terazi Hukuk Dergisi, Mayıs 2011, Sayı:57, s.26.
- **Meran, Necati:** *Hakaret – İftira Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama, Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları AİHM Kararları ile İçtihatlı – Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak*, Seçkin Yayınları 2014, s.354.
- **Özgenç, İzzet:** "Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları", Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 8 Ekim 2010 Kolokyum, s.154.
- **Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer:** *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu*, 4. Cilt, Ankara 2008, s.4356.
- **Taşdemir, Kubilay; Özkepir, Ramazan:** *Yeni TCK-CMK-CGİK Tasarılar- Gerekçeler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s.682.
- **Ünver, Yener; Hakeri, Hakan:** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2010, s.488.
- Kazancı İçtihat Bankası, Çevrim içi, http://khyk.kazancihukuk.com/
- Yargıtay, Çevrim içi, www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/43925_98.pdf,, Erişim Tarihi: 13.12.2015.
- Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 153/1 Sa. Genelgesi, Çevrimiçi http://www.adalet.gov.tr/genelgeler/ Erişim Tarihi 23.12.2015.
- Avrupa Birliği Karar ve İçtihatları, Çevrimiçi, http://www.caselawofeu.com/?faq-item=-case-allenet-de-ribemont-v-france-application-1517589-judgement-10-february-1995, Erişim Tarihi: 23.12.2015.
- http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57987&filename=001-57987.pdf, Çevrim içi, Erişim Tarihi: 23.12.2015.
- Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı Mahmut Tanal ve Diğeleri BB. No: 2014/18803, Çevrimiçi,http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/014cfdeb-bd78-4dab-b705-0f815d8e4e86?wordsOnly=False, Erişim Tarihi 15.12.2015.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Çevrimiçi, http://hudoc.echr.coe.int/, Erişim Tarihi 05.12.2015, 15.12.2015.

Birleşmiş Milletler Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Antlaşması

CISG KAPSAMINDAKİ HASAR HÜKÜMLERİ

Av. Betül KİRAZ

I. GİRİŞ

11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması kapsamındaki, hasarın intikaline ilişkin hükümler bu çalışmada derinlemesine incelenecektir. Antlaşmanın IV. Bölümünde "Hasarın İntikali" başlığı altında, 66 ile 70. maddeler arasında bu hususa ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Hasara ilişkin ilk madde olan 66. madde hasar tanımına yer vermeden, hasarın geçişinin sonucunu hüküm altına almıştır. 67. ve 68. maddelerde taşınan mallara ilişkin düzenlemelere yer verilirken, 69. maddede yerinde satışlara ilişkin bir hüküm yer almıştır. Son olarak 70. maddede ise, satıcının esaslı sözleşme ihlali halinde, alıcının sahip olduğu hukuki imkanları kullanmasına hasarın intikali hükümlerinin engel olmayacağı düzenlenmiştir.

II. GENEL OLARAK HASAR KAVRAMI

Öncelikle üzerinde durulması gereken husus "hasar" kavramının açıklığa kavuşturulmasıdır. Hasar, Arapça kökenli bir kelime olarak "*herhangi bir olayın yol açtığı kırılma, dökülme, yıkılma gibi zarar*"[1] anlamlarına gelmektedir. TBK madde 208'de ve Viyana Antlaşması'nın Türkçe metninde "hasar" kelimesi yer almakla birlikte, Antlaşmanın İngilizce metninde "risk", Almanca metninde ise "Gefahr" kelimeleri tercih edilmiştir. Anlaşmada yer alan hukuki terimlerin çoğu kez iç hukuk kavramlarıyla örtüşmediği düşünüldüğünde, anlaşma kapsamındaki kavramların irdelenmesi gerekmektedir. Düzenleyicinin iç hukukta verilen anlamlarından bağımsız olarak kavramları kullanma amacı, uluslararası alanda yeknesak şekilde anlamlandırılabilen terimler oluşturmaktır. Çünkü Antlaşma milletlerarası unsurlu mal satım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara doğrudan uygulanacaktır.[2] Doktrinde son dönemde taraftar bulan bir gö-

1 www.tdk.gov.tr

2 ZEYTİN Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, 2011, s.28.

rüşe göre de, Antlaşmada yer alan hasar kelimesi ile ifade edilmek istenen hasar değil, hasarın meydana gelme rizikosudur. Bu sebeple hasarın geçişini anlatan en iyi ifade hasara uğrama tehlikesidir.[3] Alman Hukuku'nda da benzer bir terimle karşılaşılmaktadır. BGB § 446 uyarıca satılan şeyin teslimiyle tesadüfi yok olma ve kötüleşme *tehlikesi*nin alıcıya geçeceği ifade edilmektedir.[4] Bu anlamda doğa olayları, kazalar, savaş, devrim, askeri darbe, hırsızlık, vandalizm sonucu meydana gelen veya taraflardan birine yüklenemeyen bir nedenle taşıyıcılarca verilen zararlar risk kapsamında ele alınabilir.[5]

Sonuç olarak hasar, yukarıda bahsedilen geniş anlamıyla, şeye ârız olan ve onun kırılması, bozulması, kötüleşmesi, telef olması gibi sonuçlar yaratan zararlı halleri ifade eder. Dar anlamda hasar ise, sadece borç ilişkileri açısından kullanılan ve borcun doğumu ile ifası arasında geçen devrede edimin borçluya isnat olunamayan haller dolayısıyla kusursuz olarak imkansızlaşması sonucunda ortaya çıkan ve taraflardan birini veya her ikisini tehdit eden bir tehlikedir.[6]

III. HASAR TÜRLERİ

A. Bedel Hasarı

Bedel hasarı (Preisgefahr), satılan şeyin satıcıya yükletilemeyen sebeplerden ötürü telef olması yahut kötüleşmesi nedeniyle teslim borcunun ifasının veya gereği gibi ifasının imkansızlaşması durumunda ortaya çıkan ve satış bedelinin kaybı sonucunu doğuran tehlikedir.[7] Gerek TBK' da gerekse Antlaşmanın 66 ile 70. maddeleri arasında düzenlenen hasar da bedel hasarıdır.

B. Edim Hasarı

Edim hasarı, ne TBK'da ne de CISG'de düzenlenmiştir. Doktrinde yer alan bir tanıma göre, satım sözleşmesine konu edilen bir malın telef olması, zarara uğraması veya mahiyetinde ortaya çıkan bozukluklar nedeniyle değerinin eksilmesi gibi hasarlara edim hasarı denir.[8]

Antlaşmanın 79. maddesi uyarınca, borcun yerine getirilememesi borçlunun denetimi dışında kalan, ona yüklenemeyecek bir engelden kay-

3 ACAR Hakan, Uluslararası Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi, Kazancı Yayınevi, 1. Bası, 2009, s.5.

4 www.gesetze-im-internet.de/bgb/

5 Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht, 2. Auflage 2011

6 Yavuz/Acar/Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, 10. Bası, 2014

7 Akıntürk/Karaman, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Beta Yayınları, 19. Bası, 2012

8 TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, Cilt 1, 6. Bası, 2008.

naklanmış ve bu engelin sözleşmenin kurulması anında öngörülmesinin ve sonuçlarının önlenmesinin makul olarak kendisinden beklenilememesi halinde borçlu borcun yerine getirilmemesinden sorumlu olmayacaktır. Burada bahsi geçen sorumlu olmama, borçlunun tazminat ödemekle yükümlü olmayacağına ilişkindir. Çünkü ilgili maddenin 5. bendine göre, bu düzenleme tarafların tazminat talebi dışındaki sözleşmeye aykırılıktan doğan diğer seçimlik haklarını kullanmasını engellemez. Sonuç olarak bu durumda, satıcı kusursuz dahi olsa, alıcı aynen ifa talebinde bulunabilecektir. Bu aşamada hasar henüz alıcıya geçmediğinden, alıcı mukabil edadan mahrum kalmayacak, dolayısıyla edim hasarına satıcı katlanacaktır.[9] Edim hasarının alıcıya geçmediği bu durumun da, semen hasarını kimin taşıyacağı hususu da gündeme gelmeyecektir, zira edim hasarı borçluda olduğu sürece semen hasarı sorunundan da bahsedilemez.[10] Satıcının aynen ifayı yerine getirdiği bu halde, alıcı da semeni ödemekle mükellef olacaktır. Ayrıca bu durumda Antlaşmanın 28. maddesi de gözden kaçırılmamalıdır. Bu hüküm uyarınca aynen ifaya hükmedilebilmesi ancak, Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer bir satım sözleşmesinde mahkemenin kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedebilecek olması halinde mümkündür.

C. Sözleşmedeki Borçlu Taraf Sayısına Göre Hasar

TBK madde 136'da düzenlendiği üzere, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşırsa borç sona erer. Yani hasara alacaklı katlanır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeyse imkansızlık nedeniyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğunu sebepsiz zenginleşme hükümlerince geri vermekle yükümlü olup, henüz ifa edilmemiş olanı ise talep hakkını kaybeder. Bu durumda karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde karşı edime (ss.'de semen) ilişkin hasara borçlu (ss.'de satıcı) katlanır. İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan satım sözleşmesinde hasar tehlikesi, satıcı yönünden kendi borcundan kurtulmakla beraber satış bedelini talep hakkını kaybetmek, alıcı yönünden ise satılanı hiç veya sözleşmeye uygun olarak elde edememesine rağmen bedelini ödemek ve satılandan veya mukabil edadan yoksun kalmak şeklinde ortaya çıkar.[11]

---

9 ACAR Hakan, Uluslar arası Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi, Kazancı Yayınevi, 1. Bası, 2009

10 ATAMER M. Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005; eserin pdf formatı için bkz. www.bilgi.edu.tr

11 Yavuz/Acar/Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, 10. Bası, 2014

Hasar kavramının etraflıca izahından sonra, Antlaşmanın dördüncü bölümünde yer alan "Hasarın İntikali" kurumu düzenlenmedeki sıralama dikkate alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

IV. GENEL OLARAK HASARIN İNTİKALİ

Hasarın intikali mevzusuna Viyana Sözleşmesi'nin 66. ile 70. maddeleri arasında yer verilmiştir. Antlaşma metninin hasara ilişkin dördüncü bölümünün ilk maddesi hasar kavramı tanımlayarak başlamak yerine hasarın alıcıya geçmesinin sonucunu düzenlemiştir. İlerleyen maddelerde ise, hasarın geçiş anı taşıma ve satılanın teslim edilmesi gereken yerle bağlantılı şekilde yakından incelenmiştir. Son olarak 70. madde ise hasarın geçişinin satıcı tarafından sözleşmenin esaslı ihlali halinde alıcının sahip olduğu hakları kullanmasına engel olmayacağına açıklık getirmiştir.[12]

V. MESAFELİ SATIMLARDA HASARIN İNTİKALİ

A. Gönderilecek Borçlar

CISG'nin 31. maddesi uyarınca, satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malları alıcıya ulaştırılması amacıyla ilk taşıyıcıya verilmesiyle teslim borcu gerçekleştirilmiş olur. Daha önce de belirtildiği üzere Antlaşma hasarın geçiş anı olarak teslimi esas almıştır.

Antlaşmanın 67. maddesi de gönderilecek borçlarda hasarın intikalinin şartlarını düzenlemiştir. Madde metninde bu hususta ikili bir ayrıma yer yerilmiştir. Buna göre satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyor ve satıcı malları belirli bir yerde telsim borcu altında değilse hasar, malların alıcıya ulaştırılması amacıyla satım sözleşmesine uygun olarak ilk ve bağımsız (unabhängig/selbstständig) taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçer.[13] İlk taşıyıcının bağımsız taşıyıcı değilde alıcının temsilcisi veya ifa yardımcısı olması halinde, yerinde satım veya götürülecek borca ilişkin antlaşmanın 69. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Satıcının malları kendisine bağlı işçiler tarafından taşıtması halinde de ilk taşıyıcının bağımsız olması şartı gerçekleşmediğinden madde 67'nin uygulanmayacağı açıktır.[14] Maddenin devamında satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya teslim etmesi gerekiyorsa o yerde gerçekleşecek teslimle hasarın alıcıya geçeceği düzenlenmiştir. Sonuç olarak birinci fıkrada düzenlenen her iki halde de malın ilk ve bağımsız taşıyıcıya teslimiyle satıcı hasar riskini taşımaktan kurtulacaktır.

12 Saenger, Beck'scher Online-Kommentar CISG

13 HUBER Peter, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, 2011

14 AYDIN Öztürk, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 87, Sayı 6, Yıl 2013

Öte yandan 66. maddenin devamında belirtildiği üzere, satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma yetkisinin bulunması, hasarın alıcıya geçişini etkilemez. Bu halde hasarın geçişi, satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkının gerçekten bulunup bulunmadığından bağımsız olarak gerçekleşir. Bunun ardında yatan neden ise, Antlaşmanın hasarın geçişini mülkiyetin geçişi ile ilişkilendirmemiş olmasıdır.[15]

Antlaşma metninin md. 67/f.2 ve md. 69/f.3 düzenlemelerinde ise, satım sözleşmesinin konusu olan eşyanın bireyselleştirilmesine (Individualisierung, Konkretisierung, Spezialisierung)[16] ilişkin hükümlere yer verilmiştir.[17] 67. maddenin 2. fıkrasına göre, gönderilecek borçlarda hasarın alıcıya geçişi için, ayırt edici işaretlerle, taşıma belgeleriyle, alıcıya yapılacak bildirimle veya başkaca bir yolla satım konusu mallar sözleşmeye tahsis edilmiş olmalıdır. Burada tahsisin ne anlama geldiği önem arz etmektedir. CISG bu sözcüğün tanımına ilişkin herhangi bir yol öngörmemektedir. Ancak tahsisin, sözleşmeye özgülenen malların alıcı ile yapılan sözleşmenin ifasında kullanılma niyetinin açıkça ortaya konulması olduğu söylenebilir.[18] Diğer bir husus ise, madde metninde *"diğer herhangi bir yolla"* denildiği için, burada sayılan bireyselleştirme usullerinin örnek olarak sayıldığıdır. Öte yandan, ayırt etmenin yazılı bildirimle yapıldığı hallerde bildirimin alıcıya ulaştığı an değil, satıcı tarafından yapıldığı an hasarın alıcıya geçtiği andır.[19]

B. Götürülecek Borçlar

CISG md.69/f.2'ye göre, alıcının malları teslim alma yeri satıcının işyerinden farklı bir yer ise, yani satıcının malları alıcının işyerine yahut alıcının teslim alması için sözleşmede kararlaştırılan başkaca bir yere götürmesi gerekiyorsa hasar, teslim borcunun muaccel olduğu ve malların olması gereken yerde tasarrufuna hazır tutulduğundan alıcının haberdar olduğu anda alıcıya geçer. Burada malların alıcının tasarrufuna hazır tutulmasından kasıt, malların alıcının üzerinde hakimiyet kurabileceği şekilde hazır bulundurulmasıdır. Öte yandan satıcının, sözleşmede belirlenen yerde malları emrine amade tuttuğunu alıcıya bildirmesi gerekir. Bu

15 Schlechtriem/Schwenzer/Hachem, CISG Art. 67 [Gefahrübergang bei Beförderung der Ware]; HachemKommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Auflage, Rn. 36, 2013

16 HUBER Peter, Münchener Kommentar zum BGB, CISG Art 67, 6. Auflage, Rn.1-13, 2012

17 Hachem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Auflage, Rn.1-3, 2013

18 BRİDGE Michael, CISG Uyarınca Hasarın Geçmesi, Editör ATAMER M. Yeşim, Milletlerarası Satım Hukuku (CISG), 12 Levha Yayıncılık, 2. Bası, 2012

19 HUBER Peter, Münchener Kommentar zum BGB, CISG Art 67, Rn. 1-13, 6. Auflage, 2012; Hachem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Rn. 1-3, 6. Auflage, 2013; bkz. CISG Art. 27 Absendetheorie

halde madde metninden de anlaşılacağı üzere alıcının haberdar olmasından bahsedildiği için, bu bildirim alıcıya varması gerekli bir beyandır ve hükümlerini sadece varmayla da değil alıcının içerikten haberdar olmasıyla doğurur. Dolayısıyla bildirimin alıcıya ulaşmaması riski de satıcıya aittir.[20] Bu halde, alıcının bildirimden haberdar olmasıyla malların fiilen teslim edilmiş olması gerekmeksizin hasar alıcıya geçer.

Bir önceki başlık altında değinildiği gibi, md. 69/f.3'de de satılan eşyanın bireyselleştirilmesi gerektiği öngörülmüştür. Buna göre, sözleşme ayırt edilmemiş mallara ilişkinse bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi halinde alıcının tasarrufuna hazır tutulduğundan bahsedilebilir.

C. Taşınmakta Olan Mallar

CISG madde 68 uyarınca, taşıma sırasında satılan mallara ilişkin hasar, alıcıya satım sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte geçer. Ancak koşullar haklı gösteriyorsa, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar, geçmişe etkili olarak alıcı tarafından üstlenilir. Buna karşılık, satım sözleşmesinin kurulması anında malın zayi olduğunu veya zarar gördüğünü satıcı biliyor yahut bilmesi gerekiyor fakat bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa hasar riskini satıcı taşır.

CISG'nin getirdiği hasarın geçmişe etkili olarak yürütülmesi düzenlemesi, malların taşıyıcıya tesliminden sonra fakat satım sözleşmesinin kurulmasından önce gerçekleşmiş olan hasarın dahi alıcıya yükletilebilmesi sonucunu doğuracaktır. Ancak, satım sözleşmesinin kurulması anında malların ziya veya zarara uğradığını bilen yahut bilmesi gereken satıcı, bu bilgisini alıcıya açıklamamışsa, durum ve koşulların geçmişe etkiyi haklı gösterdiğini ve malların taşıyıcıya tesliminden sonra ortaya çıkan hasarı alıcının taşıması gerektiğini ileri süremez. Bu halde hasar satım sözleşmesinin kurulmasından sonra alıcıya intikal edecektir.[21]

VI. YERİNDE SATIMLAR

Antlaşmanın 69. maddesinin 1. fıkrası, mesafeli satımlar dışındaki hali düzenlemiştir. Buna göre, CISG'nin 67, 68 ve 69/2 düzenlemelerine girmeyen hallerde hasar malları *teslim* aldığı anda alıcıya geçer.

CISG'nin 31. maddesinin b ve c bentleri uyarınca, satıcı sözleşmeye göre malı başka bir yerde teslim etmek zorunda değilse, satıcının teslim borcu, ferden belirlenmiş mallara veya belirli bir stoktan karşılanacak nev'en belirlenmiş mallara veya imal edilecek veya üretilecek mallara iliş-

20 Hachem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, CISG Art 69, Rn. 1-25, 6. Auflage, 2013

21 BRİDGE Michael, CISG Uyarınca Hasarın Geçmesi, Editör ATAMER M. Yeşim, Milletlerarası Satım Hukuku (CISG), 12 Levha Yayıncılık, 2. Bası, 2012

kin olması ve tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya orada imal edileceğini yahut üretileceğini bilmeleri durumunda malları bu yerde hazır bulundurmakla sona erer. Diğer hallerde ise teslim borcu, sözleşmenin kurulduğu sırada satıcının işyerinin bulunduğu yerde malları alıcının tasarrufuna bulundurmakla sona erer.

Öte yandan md. 69/f. 1'in devamında düzenlendiği üzere, alıcının malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranış gerçekleştirdiği andan itibaren hasar alıcıya geçer. Antlaşma anlamındaki bu sözleşmeye aykırılık, iç hukuklarda yer aldığı şekliyle *alacaklı temerrüdü*ne tekabül eder. Birinci fıkra hükmü teslimi esas alan bir düzenlemeyle başlamakla birlikte, devamında temerrüt halinde henüz malı teslim alarak fiili hakimiyet kurmamış olan alacaklının omuzlarına hasarı yüklemiştir.

Devam eden 3. fıkrada, sözleşmenin ayırt edilmemiş mallara ilişkin olması halinde, bunların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğunun kabulü için açıkça sözleşmeye tahsis edilmiş olmaları gerektiği düzenlenmiştir. Daha önce de CISG md. 67/2'nin bahsi geçerken belirtildiği gibi, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alacaklıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla mallar sözleşmeye tahsis[22] edilebilir.

VII. HASARIN İNTİKALİNİN SONUÇLARI

Viyana Sözleşmesi anlamında satım konusunun, somut yani cismani varlığı olan ve fiziksel olarak bozulması veya telef olması söz konusu olabilen taşınır[23] bir mal olması, hasarın geçişinin sonuçlarından bahsedilebilmesi için öncelikli şarttır.[24]

Antlaşmanın 66. maddesi uyarınca hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz[25]. Almanca metinde yer alan "Untergang" ve "Beschädigung" yani yıkım/yok olma ve zedeleme/zarar verme terimleri ise malda meydana gelebilecek *fiziki hasar*lara işaret edildiğini göstermektedir. Satılanın zayi olmasıyla (Untergang) kastedilen, malın tamamen yahut gelecekte kendisinden beklenen faydayı yerine getiremeyecek seviyede fiziksel tahribidir. Zarardan (Beschädigung) ise malın fiziksel zedelenmesi anla-

22 Sözleşmeye tahsis (Individualisierung) için bkz. HUBER Peter, Münchener Kommentar zum BGB, Rn. 1-17, 6. Auflage, 2012

23 Kapsam dışındaki taşınırlar için bkz. CISG md. 2

24 ALTAY Sabah, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, 2008

25 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.htm

şılır.[26] İngilizce metinde de bununla paralel olarak "loss or damage" ifadeleri kullanılmıştır.[27] Sonuç olarak anlaşıldığı üzere CISG metninde hukuki (ithalat, ihracat sınırlamaları vs.) yahut ekonomik hasara ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Zira doktrindeki görüşler de, bunların CISG'in hasarın intikaline ilişkin hükümlerinin dışında olduğu yönündedir. Buna göre, ithalat ve ihracat yasakları CISG'in 79. maddesi kapsamında yer almaktadır.[28] Çünkü md. 79/f. 3 belirtildiği üzere; "bu maddede öngörülen sorumluluktan kurtulma, engelin var olduğu dönem için geçerlidir". Dolayısıyla ihracat yahut ithalat yasağı ortadan katlığı andan itibaren borçlu borcunu ifa etmemekten ötürü sorumlu olmaya başlayacaktır.

Hasarın alıcıya geçtiği andan itibaren, ayıplı mal teslimi veya malın hiç teslim edilmemesi halinde borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle, sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını alıcı kullanamayacaktır. Sonuç olarak alıcı, onarım veya bedel indirimi talep edemeyecek, satıcının borca aykırı ifası sebebiyle karşı edimi ifadan kaçınma ve satılanı muayene ettikten sonra bedel ödeme haklarını ileri süremeyecektir.[29] İleride inceleyeceğimiz 70. maddedeki *esaslı* ihlal hali ise bunun istisnasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, 46 ve 49. maddeler uyarınca esaslı ihlal halinde talep edilebilen haklardan olan *ikame mal teslimi* ve *sözleşmenin ortadan kaldırılması* da ileri sürülebilecektir. Esaslı olmayan ihlalde ileri sürülebilen diğer seçimlik hakların ise esaslı ihlalin bulunduğu bu halde evleviyetle ileri sürülebileceği açıktır.

Hasarın intikaliyle birlikte bedel hasarı da satıcıdan alıcıya geçer. Satılan hasarın geçişinden sonra yok olmuş veyahut zarara uğramış da olsa alıcı bedel hasarına katlanacaktır. Alıcı bu halde karşı edimini azalmış şekilde elde etmesine veyahut hiç elde edememesine rağmen satım parasının tamamını ödemekle mükelleftir[30].

Bu noktada hasarın geçtiği anı belirleme sorunu gündeme gelmektedir. Çünkü bu anın saptanmasından sonra hasara kimin katlanacağı da belirlenmiş olacaktır.

Roma Hukuku'nun kadim ilkesi *"periculum emptoris est"* gereğince hasara alıcı katlanır. Bu kural uyarınca, satış sözleşmesinin kurulmasın-

26 Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht

27 AYDIN Öztürk, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 87, Sayı 6, 2013

28 AYDIN Öztürk, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 87, Sayı 6, 2013

28 Schlechtriem/Schwenzer/Hachem Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Auflage, Rn. 2-3, 2013

29 ALTAY Sabah, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, 2008

30 Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht, 2. Auflage 2011

dan sonra fakat satılanın tesliminden önce satılanda beklenmedik olaylar sonucu vuku bulan zararlar alıcıya aittir. Fakat bu kural Roma Hukuku'nda sadece parça borçları için uygulanmış, çeşit borçlarında ise uygulanmamıştır. Çünkü Roma'da *"genus non perit"* yani nevi telef olmaz ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkeye göre, çeşit borcunda o çeşitten şeyler yeryüzünde mevcut bulundukça satıcı bakımından bir edim imkansızlığı söz konusu olmaz[31]. 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 183. maddesi de benzer bir kuralı benimsemiş, satılanın hasar ve yararının satım sözleşmesinin kurulmasından itibaren alıcıya geçeceğini düzenleyerek doktrinde sıkça eleştirilen bir kural öngörmüştü. Lakin BK'nın yürürlük döneminde bu genel kurala birçok istisna getirilerek adeta kuralın istisna istisnalarınsa kural olması sağlanmıştır. 6098 sayılı TBK'da ise bu kural terk edilerek taşınır satışlarında yarar ve hasarın zilyetliğin devri anından itibaren alıcıya geçeceği düzenlenmiştir. Yani satıcının borcunu ifa ettiği anda hasar tehlikesinden kurtulduğu söylenebilir. Ancak satıcının borcunu ifa ettiğinden söz edilebilmesi için, sadece ifa fiilinin gerçekleştirilmesinin yeterli olmadığı, ifa sonucunun da gerçekleşmesi gerektiğinin kabulü gerekir. Buna karşılık, TBK madde 208'in taşınır satışında hasarın intikali bakımından esas aldığı an, ifanın tamamlanması yani ifa sonucunun gerçekleşmesi anı değil, ifa fiilinin gerçekleşmesi anıdır. Yine CISG madde 31'de yer aldığı üzere, satılanın alıcıya ulaştırılmak üzere bağımsız bir taşıyıcıya teslim edilerek ifa fiilinin gerçekleştirilmesi, alıcının mülkiyeti kazanması olan ifa sonucunun gerçekleşmesinden bağımsız olarak satıcının karşı edim/bedel hasarını taşımaktan kurtulmasına yol açmaktadır.[31]

BGB'nin hasara ilişkin maddelerinde de TBK ile paralel bir düzenlemenin göze çarptığı söylenebilir. Buna göre BGB § 446 uyarınca satılanın *teslim*iyle tesadüfi yok olma/yıkım ve tesadüfi (kimseye yüklenemeyen) kötüleşme tehlikesi alıcıya geçer.[32] Alman Hukukunda kabul edilen çözüm uyarınca, hasar satılanın alıcıya teslim edilmesi ile birlikte alıcıya geçer. Burada da yukarıda ifade edildiği gibi, satılanın mülkiyeti geçirme amacıyla teslim edilmesi şart değildir.[33]

Fransız (Fr.MK md. 1582) ve Anglo-Sakson hukuklarında ise *"hasar malikindir"* ilkesi caridir. Eski hukukumuz olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de de (md. 262) aynı kural benimsenmiştir.[34] Buna göre, mülkiyetle birlikte yarar ve hasar, parça satımlarında satım sözleşmenin kurulması, çeşit satımlarında ise çeşidin ayırt edilmesi anından itibaren alıcıya geçer.

31 Yavuz/Acar/Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, 10. Bası, 2014

32 dejure.org/gesetze/BGB

33 Yavuz/Acar/Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, 10. Bası, 2014

34 Yavuz/Acar/Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, 10. Bası, 2014

Dolayısıyla bu hukuk sistemlerinde, satım sözleşmesinin kurulmasıyla alıcı malik olduğu için, hasarın satım sözleşmesinin kurulması anında alıcıya geçmesi alıcıyı ağır bir yükümlülük altına sokan hakkaniyete aykırı bir durum değildir.[35]

CISG'in 69. maddesi hasarın geçiş anını belirlemede alıcıya *teslim*i temel almakla birlikte, diğer maddelerde başkaca esaslarda benimsenmiştir. TBK'da ise *zilyetliğin devri* ifadesinin tercih edildiğine yukarıda değinmiştik. Bu hususta zilyetliğin teslim dışındaki devir yollarından biriyle alıcıya geçirilmesi halinde zilyetliğin devri mi yoksa fiili teslim anının mı hasarın geçişinde esas alınacağı sorusu Türk Hukukunda gündeme gelmektedir.[36] Antlaşmanın 69. maddesinin Almanca metninde "übernehmen" yani *teslim alma* kavramının yer alması nedeniyle, lafzi bir yorumla düzenleyicinin iç hukuktaki zilyetliğin devri teriminden uzaklaşarak bilhassa bu kavramı tercih ettiği söylenebilir. Yani CISG anlamında, zilyetliğin teslimsiz devir yollarından biriyle alıcıya devredilmesi halinde, hasar satıcıda kalmaya devam edecektir.

66. maddenin devamındansa ziya veya zarar satıcının bir eyleminden yahut eylemsizliğinden kaynaklanıyorsa alıcının semeni ödeme yükümlülüğünün olmadığı anlaşılmaktadır. Bu halde satıcının eylem yahut eylemsizliğinin kusurlu olması aranmadığı gibi sözleşmenin esaslı ihlali niteliğinde de olması gerekmez. Sonuç olarak zarar yahut ziyan satıcıya yüklenebilen bir sebepten ileri gelmişse semen riskine satıcı katlanacaktır ve alıcı satım parasını ödemek zorunda olmayacaktır.

VIII. SÖZLEŞMEYE ESASLI AYKIRILIK

CISG md. 70 uyarınca, satıcının sözleşmeyi esaslı ihlali söz konusuysa, Antlaşmanın 67, 68 ve 69. maddeleri, alıcının sözleşmeye aykırılık nedeniyle başvurabileceği seçimlik hakları kullanmasını engellemez.

Antlaşmanın 25. maddesinde ise esaslı ihlalin tanımı yer almaktadır. Buna göre, taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde mahrum bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır.

Sözleşmenin satıcı tarafından ihlali halinde alıcının sahip olduğu hukuki imkanlar CISG'nin ikinci bölümünün üçüncü ayrımında düzenlen-

35 ÇAKIRCA S. İrem, Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi, arastirmax.com/.../arastirmax-satimda-edim-karsi-edim-hasari

36 Zilyetliğin teslim dışı devir yolları ile ilgili bkz. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 17. Bası, 2014

miştir. Bunlar; tazminat, aynen ifa, onarım ve indirim[37], esaslı ihlal halindeyse sözleşmeyi ortadan kaldırma ve ikame mal teslimidir. 70. maddenin metninde esaslı ihlalden bahsedildiğinden, alıcı sözleşmeyi ortadan kaldırma ve ikame mal teslimini talep etme hakkına sahiptir. İleri sürülmesi için esaslı bir ihlalin aranmadığı diğer seçimlik haklar ise, esaslı ihlalin arandığı bu halde de evleviyetle ileri sürülebilir.

Öğretide kabul gören bir fikir, alıcının hasar hükümleriyle bağdaşan taleplerini esaslı ihlalin bulunmadığı hallerde de ileri sürebilmesi gerektiğini savunmaktadır.[38] Buna göre, satıcının sözleşmeye esaslı bir aykırılığı söz konusu olmasa da, alıcı hasar hükümleriyle bağdaşan seçimlik haklarını kullanabilmelidir.

Alıcı CISG madde 49' da yer alan satıcının esaslı ihlali halindeki sözleşmenin ortadan kaldırılması yoluna gitmesi halinde, satım parasını ödeme yükümlülüğü sözleşmeyle birlikte ortadan kalkacağından hasarın intikaline dair sonuçtan kurtulmuş olacaktır.[39] Zira bu halde md. 82'ye göre alıcının teslim aldığını iade etme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Alıcı ikame mal talebinde bulunduğunda ise, semeni ödemekle yükümlüdür.[40]

IX. SONUÇ

Bu çalışmada CISG'nin hasara ilişkin hükümleri detaylıca irdelenmiş ve yer yer Türk ve Alman iç hukuk düzenlemeleriyle karşılaştırmalar yapılmıştır.

Milletlerarası Mal Satımları Hakkındaki Viyana Sözleşmesi, günümüzde Türkiye ve onun yoğun ticari ilişkiler içinde bulunduğu pek çok ülkece kabul edilmiştir. Anlaşmanın Türk uygulamasında somut olaylara tatbiki esnasında, ne gibi soru ve sorunlarla karşılaşılabileceği ve bunların çözüm yolları ise ilerleyen zamanlarda görülecektir.

---

37 Bkz. CISG md. 50 "…alıcı semeni fiilen teslim edilen malların teslim anındaki değeri ile sözleşmeye uygun malların aynı andaki değeri arasındaki farkla orantılı olarak indirebilir."

38 ACAR Hakan, Uluslar arası Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi, Kazancı Yayınevi, 1. Bası, 2009; ZEYTİN Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, 2011

39 Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht

40 ZEYTİN Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, 2011

KAYNAKÇA

- **ACAR Hakan,** Uluslararası Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi, Kazancı Yayınevi, 1. Bası, 2009
- **AKINTÜRK/KARAMAN,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Beta Yayınları, 19. Bası, 2012
- **ALTAY Sabah,** Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, 2008
- **ATAMER M. Yeşim,** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005
- **AYDIN Öztürk,** İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 87, Sayı 6, 2013
- **BRİDGE Michael,** CISG Uyarınca Hasarın Geçmesi, Editör ATAMER M. Yeşim, Milletlerarası Satım Hukuku (CISG), 12 Levha Yayıncılık, 2. Bası, 2012
- **ÇAKIRCA S. İrem,** Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi, arastirmax.com/.../arastirmax-satimda-edim-karsi-edim-hasari
- **FERRARI/KIENINGER/MANKOWSKI,** u.a., Internationales Vertragsrecht, 2. Auflage 2011
- **HACHEM,** Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Auflage, 2013
- **HUBER Peter,** Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, 2012
- **OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR,** Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 17. Bası, 2014
- **SAENGER,** Beck'scher Online-Kommentar CISG
- **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/HACHEM,** HachemKommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Auflage, 2013
- **TANDOĞAN Haluk,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, Cilt 1, 6. Bası, 2008
- **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, 10. Bası, 2014
- **ZEYTİN Zafer,** Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG, Seçkin Yayınevi, 2. Bası Milletlerarası, 2011

İNTERNET SİTELERİ VE ÖZELLİKLE E-TİCARET SİTELERİNDE BULUNMASI GEREKEN HUKUKİ METİNLER

Bedrettin GÜRCAN[1]

Son yıllarda e-ticaret siteleri hızlı bir atağa geçmesiyle hemen hemen her sektörde faaliyet gösteren bir e-ticaret girişimi bulunmaktadır. Ancak çok büyük hacme sahip de olsa, çok sınırlı satış da yapsa tüm e-ticaret siteleri aynı hukuki düzenlemelere uymak zorundadır. Çalışmamızda **e-ticaret ve diğer tüm internet sitelerinde** bulunması gereken birtakım hukuki metinlere değinmeye çalışacağız.

Bir internet sitesinde bulunması gereken hukuki metinlere sırasıyla gelirsek;

1- KULLANICI/ÜYELİK SÖZLEŞMESİ

Üyelik gerektiren internet sitelerindebazen site kullanımı için öncelikle kullanıcıların üyeliğini zorunlu tutmakta, bu üyelik işlemini ise kullanıcıların bir takım kişisel bilgileri aldıktan sonra kullanıcı/üyelik sözleşmesini onaylatarak tamamlamaktadır. Bu sözleşmede;

- Kullanıcının Hak Ve Yükümlülükleri
- Hizmet Sağlayıcının Hakları
- Kullanım Koşulları
- Üyelik Süresince Dikkat Edilmesi Gerekenler
- Hizmetler ve Koşulları (üyelik ücreti vs var ise belirtilmelidir)
- Ve Varsa Diğer Bağlantılı Metinlere Atıflar
- İhtilaf Veya Zarar Oluşması Halinde Yapılacaklar

Yer alır. Üye ile internet sitesi arasındaki hukuki bağ bu sözleşme ile kurulmaktadır.

İnternet sitesi üzerinden herhangi bir suç işlenmesi, maddi/manevi zararlara sebebiyet verilmesi veya ihtilaf halinde üyelik sözleşmesini onaylayan kullanıcı eylemlerinden ve sözleşmeyi ihlal etmekten bizzat sorumlu olacaktır.

---

1 Stajyer Avukat

2- KULLANIM KOŞULLARI

Adından da anlaşılacağı üzere bu koşulları internet sitesi tek taraflı olarak belirlemekte ve site ziyaretçileri bu koşullara siteyi ziyaretleri ile birlikte **kendiliğinden tabi olmaktadırlar.**

Kullanım koşulları üyelik sistemi olmayan sitelerde tercih edildiği gibi üyelik sistemine sahip sitelerde de bulunabilir. Zira burada kullanıcıların onayı alınmaksızın kullanıcıların her koşulda uyması gereken koşullar yer almaktadır. Uygulamada üyelik sözleşmesinin içinde de düzenlemekle birlikte ayrı olarak da düzenlenmesi site lehine olacaktır. Zira hiçbir onay gerekmeksizin uyulması gereken koşullar söz konusudur.

Kullanım Koşullarında;

- Kullanıcıların Siteyi Kullanırlarken Tabi Oldukları Koşullar
- Site Kullanım Şekli
- Sitenin Ticari Markasına, Fikri Mülkiyet ve Telif Haklarına İlişkin Uyarılar
- Sitenin Sorumluluğunu Sınırlandırmasına Yönelik Maddeler
- İnternet Sitesinde Suç Oluşturan Hareketler

yer alır.

Kullanım koşullarında; *"SİTE hizmetlerinden yararlanan ve SİTE' ye erişim sağlayan her gerçek ve tüzel kişi, ...tarafından işbu kullanım koşulları hükümlerinde yapılan her değişikliği, önceden kabul etmiş sayılmaktadır."* gibi maddelerle kullanım koşullarında değişiklik yapma hakkı maddesi de konulabilir.

Ancak kullanım koşulları tek taraflı olarak hazırlandığından kapsamının kullanıcı onayı gereken (kişisel verilerin kullanımı, gizlilik vb.) yetkileri içermemesi gerekmektedir.

Zira *"Site hizmetlerinden yararlanan kişi, kişisel verilerinin kullanılmasını kabul etmiş sayılır."* gibi maddeler konulsa dahi bile hukuken geçersiz sayılacaktır. Kaldı ki karşı tarafın genelde tüketici vasfında olması kullanıcının korunmasını gerektirmektedir.

E-TİCARET SİTELERİ AÇISINDAN BAKACAK OLURSAK;

29188 Sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği ve Tüketici Kanunu gereği elektronik ortamda ticaret yapacak şirketlerin bulundurması gereken iki adet hukuki metin vardır. Bunlar **Mesafeli Satış Sözleşmesi** ile **Ön Bilgilendirme Formudur**.

3- ÖN BİLGİLENDİRME FORMU

29188 Sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği 5. Maddesinde ön bilgilendirmeyi düzenlemiştir. Buna göre;

"Tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulmasından ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce, aşağıdaki hususların tamamını içerecek şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından ***bilgilendirilmek zorundadır.****"*

Ön bilgilendirme formunun amacı; alıcının satıcı hakkında bir kanaate varması ile alacağı ürün maliyetini tam öğrenmesinin sağlanmak ve şikâyet, cayma gibi haklarını ne şekilde kullanacağı hakkında önceden bilgilendirmektir.

Ön bilgilendirme formu ile tüketiciye şu bilgiler sunulmalıdır;

- Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri,
- Satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı, varsa MERSİS numarası,
- Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkân veren, satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon numarası ve benzeri **iletişim bilgileri** ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket edenin kimliği ve adresi,
- Satıcı veya sağlayıcının tüketicinin şikâyetlerini iletmesi için belirtilenden farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi,
- Mal veya hizmetin **tüm vergiler dâhil toplam fiyatı**, niteliği itibariyle önceden hesaplanamıyorsa fiyatın **hesaplanma usulü**, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde **ek masrafların ödenebileceği bilgisi,**
- Sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesi üzerinden hesaplanamadığı durumlarda, tüketicilere yüklenen ilave maliyet, **(*Telefonla satış da mesafeli satıştır*)**
- Ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcının şikâyetlereilişkin çözüm yöntemleri,***(Uyuşmazlıkların nasıl çözüleceğine ilişkin bilgilendirme yapılmalıdır.)***
- Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler,***(Bu şartları kanun ve yönetmelik birlikte belirlemektedir)***

- Cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri,
- 15. madde uyarınca cayma hakkının kullanılamadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi,
- Satıcı veya sağlayıcının talebi üzerine, varsa tüketici tarafından ödenmesi veya sağlanması gereken depozitolar ya da diğer mali teminatlar ve bunlara ilişkin şartlar,
- Varsa dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek **teknik koruma önlemleri,**
- Satıcı veya sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklendiği, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilgi,
- Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair bilgi.

Bu bilgiler, mesafeli sözleşmenin ayrılmaz bir parçasıdır ve taraflar aksini açıkça kararlaştırmadıkça bu bilgiler değiştirilemez. Yani ön bilgilendirme sonrası yapılacak mesafeli satış sözleşmesindeki hükümler ön bilgilendirme formundakiyle aynı olmalıdır. Zira ön bilgilendirme formu satış sözleşmesinin bir parçası konumundadır.

Yukarıda belirtilen ek masrafların ön bilgilendirme formu ile belirtilmemesi halinde **tüketici bu bedelleri karşılamak zorunda değildir**.

İlgili Yönetmelik ön bilgilendirme yapıldığına ilişkin ispat yükünün satıcı veya sağlayıcıya ait olduğunu düzenlemiştir. İspat için elektronik ticaret sitesi tüketicinin ön bilgileri edindiğini teyit etmek/onaylatmak zorundadır. Ön bilgilerin tüketiciye verilmediği tespit edilir ise, yapılan satış işleminin iptaline, tüketicinin borçlu olmadığının tespitine ve satılan malların iadesine karar verilebilir.

Ayrıca bu formun şekli de düzenlenmiştir; *kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak*

- En az on iki punto büyüklüğünde
- Anlaşılabilir bir dilde, açık
- Sade ve okunabilir bir şekilde
- Satıcı veya sağlayıcı tarafından **yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı** ile bilgilendirilmek zorundadır.

Tüketici bu bilgileri ödeme yükümlülüğü doğmadan öğrenmelidir. Ayrıca ödeme araçları ve gönderim kısıtlamalarını da en geç siparişte vermeden önce açık-anlaşılabilir şekilde belirtmelidir.

4- MESAFELİ SATIŞ SÖZLEŞMESİ

29188 Sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği **Mesafeli Sözleşmeyi**:

"Satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmeler"

olarak tanımlamıştır.

Yine *28835 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun* da 48. Maddesinde işbu sözleşmeyi yönetmeliğe paralel olarak düzenlemiştir.

Kanun koyucu belli alanlardaki girişimleri yönetmelik kapsamı dışında bırakmıştır. Bu sebepten **kapsam dışı alanlar** genel hükümlere tabi olmakta, özel düzenleme olan yönetmelik hükümleri onları kapsamamaktadır. Kapsam dışı alanlar;

- Finansal hizmetler,
- Otomatik makineler aracılığıyla yapılan satışlar,
- Halka açık telefon vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleriyle bu telefonun kullanımı,
- Bahis, çekiliş, piyango ve benzeri şans oyunlarına ilişkin hizmetler,
- Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı,
- Konut kiralama,
- Paket turlar,
- Devre mülk, devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi,
- Yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya işyerine götürülmesi,
- Ön bilgilendirme, ilave ücret yükümlülükleri saklı kalmak koşuluyla yolcu taşıma hizmetleri,
- Malların montaj, bakım ve onarımı,

- Bakımevi hizmetleri, çocuk, yaşlı ya da hasta bakımı gibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesine yönelik sosyal hizmetler

Bu kapsam dışı alanlar dışında yapılacak mesafeli satışlar için bu yönetmelik hükümleri geçerli olacaktır. Ancak bu alanların da Tüketicinin Korunması Hak. Kanun hükümlerine tabi olduğu unutulmamalıdır. Zira Tüketici Kanunu 49, 50, 51. maddeler finansal hizmetler, paket turlar, devre tatiller hakkında özel olarak düzenlemiştir.

Mesafeli Satış Sözleşmesinde ön bilgilendirme formundaki tüm bilgiler aynen yer almalı, mal veya hizmet ile satış işleminin ayrıntıları yer almalıdır. Her satış işlemi için ayrı bir mesafeli satış sözleşmesi düzenlenmelidir. Sözleşmede satıcının taahhütleri de yer alır. Sözleşmenin satış işleminden önce alıcıya onaylatılması gerekmektedir. Sözleşmede;

- Ön Bilgilendirme Formunda Yer Alan Bilgiler
- Satılan Ürün& Hizmetin Ayrıntıları
- Satış Fiyatı **(Kargo ve Vergiler Dâhil Olmalı -Zira bildirilmeyen bedellerden tüketici sorumlu değil)**
- Cayma Hakkı

Mal satışlarında malın teslimi 30 günü geçemez. Satıcı veya sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir.

Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Bu süre hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde hizmetin ifa edildiği gün, mal teslimine ilişkin sözleşmelerde de malın teslim alındığı sürede başlar.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği 15. maddesinde **cayma hakkının istisnalarını** düzenlenmiştir. (Tüketiciye anında teslim edilen gayri maddi mallar vd.)

Bedelin TL olması zorunluluğu kaldırılmış olsa da fatura bedelinin TL karşılığı yazılmalıdır.

Tüketici, ödeme yapmadan önce verdiği siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği konusunda bilgilendirilmelidir. Bu konuda ödeme araçları bilgileri girildikten sonra (Kredi Kartı, BKM Ekspress, Paypalvb) sipariş ver butonuna basılmasıyla ekranda çıkacak onay butonuyla bu bilgilendirme yapılabilir.

*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*77. maddesinde;

"Bu Kanunun 4., 6., 7., 18., 19., 20., 21., 23., 26., 30., 33., 35., 48., 49., 51., 52., 54. ve 57. maddelerinde belirtilen yükümlülüklere aykırı

hareket edenler hakkında ***aykırılığı tespit EDİLEN HER BİR İŞLEM VEYA SÖZLEŞME için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır."***

şeklinde düzenlemiştir. Yukarıda bahsettiğimiz yükümlülüklere aykırılık tespit edilmesi halinde e-ticaret siteleri ağır cezai müeyyidelerle karşı karşıya kalabilir.

Yine yönetmeliğin 20. maddesi;

"Satıcı veya sağlayıcı, bu Yönetmelik kapsamında düzenlenen ***cayma hakkı, bilgilendirme, teslimat ve diğer hususlardaki yükümlülüklerine*** *dair her bir işleme ilişkin bilgi ve belgeyi* ***üç yıl boyunca saklamak zorundadır."***

şeklinde saklama ve ispat yükümlülüğünü düzenlemiştir.

Ayrıca satıcı veya sağlayıcı elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen **gayri maddi malların veya ifa edilen hizmetlerin** ayıpsız olduğunu ispatla yükümlüdür. Bu düzenlemenin altında yatan sebepse bu mal veya hizmetlerin cayma hakkının istisnalarından olmasıdır.

Mesafeli satış sözleşmesi içeriğine dahil edilmek suretiyle **delil sözleşmesi yapılabilmektedir**. HMK 193. maddesinde;

"Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler."

şeklinde **delil sözleşmesini** düzenlenmiştir.

Sözleşmeye;

"Bu Sözleşme'den ve/veya uygulanmasından doğabilecek her türlü uyuşmazlığın çözümünde SATICI kayıtları (ticari defter ve kayıtlar,bilgisayar-ses kayıtları gibi manyetik ortamdaki kayıtlar dahil) kesin delil oluşturur"

gibi bir delil anlaşmasının konulması hukuki aşamada e-ticaret sitesinin kayıtlarının delil niteliğini güçlendirecektir.

5- GİZLİLİK SÖZLEŞMESİ&POLİTİKASI

Gizlik Sözleşmesi veya diğer adıyla politikası sitenin kullanıcıların e-ticaret sitesi olsun-olmasın siteyi kullandıkları sırada;

- ***Hangi Verilerinin Toplandığını,***

➢ Kullanıcının Kendi Rızası İle Verdiği Bilgiler *(Ör: Üyelik Bilgileri)*

➢ Kullanım Sırasında Site Tarafından Alınan Bilgiler (*Hangi ürünlerin daha çok tıklandığı, hangi ürünlere daha ilgili olunduğu vb.)*

➢ Üçüncü Taraflardan Toplanabilecek Bilgiler (*Varsa eğer; arkadaşınızı üye olarak önerme vb. hallerde)*

- ***Toplanan Verilerin Ne Şekilde Hangi Amaçla Kullanılacağını, (Pazarlama, ürün geliştirme, istatistik vb.)***
- ***Bu Verilerin Kimlerle Paylaşıldığını,***
- ***Ne Kadar Süre İle Tutulduğunu,***

içerir.

Kullanıcılar da internet sitenize veya uygulamanıza girerek veya üye olurken tıklamak suretiyle üyelik sözleşmesi ile birlikte veya ayrı olarakgizlilik politikasına onay verebilirler. Kullanıcıların, kişisel verilerinin nasıl kullanılacağını onay verdikleri bu metinler içinde açıkça görebilmeleri gerekir.

Burada kanun koyucu ***29417 sayılı Ticari İletişim Ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik*** **ile** elektronik iletişim araçlarıyla yapılan ticari iletişime dair bilgi verme yükümlülüklerine ve ticari elektronik iletilerde uyulması gereken hususlara ilişkin usul ve esasları belirlemiştir.

Beşinci maddesinde;

"Hizmet sağlayıcının, mal ve hizmetlerini tanıtmak, pazarlamak, işletmesini tanıtmak ya da kutlama ve temenni gibi içeriklerle tanınırlığını artırmak amacıyla alıcıların elektronik iletişim adreslerine gönderdiği ticari elektronik iletiler için kendisi tarafından önceden onay alınır. Onay, reddetme hakkı kullanılıncaya kadar geçerlidir."

şeklinde düzenleyerek **kullanıcının onayını aramıştır**

5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu da 51. Maddesinde *Kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunmasını* düzenlemiştir.

Yine *29457 Sayılı Elektronik Ticarette Hizmet Sağlayıcı Ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik* de onuncu maddesinde kişisel verilerin korunmasını düzenlemiş, ikinci bendinde;

"Kişisel veriler, ilgili kişinin açık irade beyanını içerecek şekilde önceden alınan ***onayı olmaksızın*** *üçüncü kişilerle paylaşılamaz, işlenemez ve başka amaçlarla kullanılamaz."*

Görüleceği üzere özünde bu bilgilerin başka kişilerle paylaşılamaması gerekir. Ancak **resmi mercilerden gelen yazılı talepler doğrultusunda** bu bilgilerin paylaşabileceği bilgisinin gizlilik sözleşmesinde yer alması yararlı olacaktır.

Kullanıcıların internet sitesi tarafından toplanılan kişisel verilerini nasıl değiştirebileceklerini veya silebileceklerini de gizlilik politikası ile gösterilmelidir.

Özetlemek gerekirse **Gizlilik Politikası**kullanıcılardan sağlanan bilgilerin kullanılmasının kapsamını belirleyen ana metin olup bunun hiçbir suretle dışına çıkılmaması gerekmektedir. Verilerin kapsamı aşarak kullanılması yasal düzenlemelerin ihlaline sebep olacağı gibi e-ticaret sitelerini çeşitli para cezaları ile karşı karşıya getirebilmektedir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu yasalaştığından bu konuda daha ayrıntılı bir yazı ileride yayınlayacağım.

6- DETAYLI ŞİRKET BİLGİLERİ

Türk Ticaret Kanunu 1524. Maddesinde;

"***denetime tabi olan sermaye şirketleri**, kuruluşlarının ticaret siciline tescili tarihinden itibaren üç ay içinde bir internet sitesi açmak ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek zorundadır."*

şeklinde düzenlemiştir.

Denetime tabi olan sermaye şirketleri 1 Şubat 2015 tarih ve *29254 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2014/7149 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı* ile güncellenerek;

a- Aktif toplamının 50 milyon TL ve üstü Türk Lirası olması,

b- Yıllık net satış hasılatının 100 milyon TL ve üstü Türk Lirası olması,

c- Çalışan sayısının 200 ve üstü olarak belirlenmiştir.

Şeklindedüzenlenmiştir. Eğer internet siteniz bu üç şarttan ikisini üst üste iki hesap dönemi taşırsa **internet sitesi açma zorunluluğu** bulunacaktır. Zira internet sitesi de nihayetinde bir tüzel kişilik adı altında bu faaliyetini yerine getirdiğinden, bu şartları sağlarsa site içinde veya bu amaca özgüleyeceği başka bir sitede *28663 Sayılı Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik* hükümlerine göre hareket etmek zorunda olacaktır.

Bu yönetmelik altıncı maddesinde;

"MERSİS numarası, ticaret unvanı, merkezi, taahhüt edilen ve ödenen sermaye miktarı ile anonim şirketlerde yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, limited şirketlerde müdürlerin, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticilerin ad ve soyadları."

gibi birtakım içerikleri sermaye şirketlerinin açması gerekli olan bu internet sitelerinde zorunlu tutmuştur.

Kullanıcı Kullanım Koşulları,

Gizlilik Sözleşmesi,

Üyelik Sözleşmesi

Sadece e-ticaret sitelerinde değil en nihayetinde tüm internet sitelerinde bulunması gerekecek hukuki evraklardır.

MESAFELİ SÖZLEŞMELER

Dilşad KUĞUOĞLU - Nilhan KALKAN

GİRİŞ

Mesafeli sözleşmeler kavramı özellikle teknolojinin gelişmesiyle günlük hayatımızda önemli bir yer teşkil etmeye başlamıştır. Teknolojinin sunduğu online alışveriş gibi pek çok olanak mesafeli sözleşmeler için elverişlidir. Basit bir mesajla bile mal ya da hizmet satınalmak artık günümüzde olağan hale gelmiştir.

Mesafeli sözleşmelerin kanun metninde düzenlenmesi oldukça yakın geçmişe denk gelmektedir. İlk kez 2003 yılında yapılan değişiklikle 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 9/A maddesinde düzenlenmiştir. Kanundaki eksiklikleri tamamlamak amacıyla yine 2003 yılında Mesafeli Sözleşmeler Usul ve Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik çıkartılmıştır. Bu yönetmelik uygulamada eleştirilmiş ve 2011 yılında yenilenmeye mahkûm olmuştur.

2013 yılında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yetersiz kalması üzerine Kasım 2013'te 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çıkartılmış ve kanunun 87. Maddesinde belirtildiği üzere yayınından altı ay sonra yürürlüğe girmiştir. Buna paralel olarak Yönetmelik de değiştirilmiş, 27 Kasım 2014'te, bu tarihten üç ay sonra yürürlüğe girmek üzere Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği çıkartılmıştır.

Gerek 4077 sayılı Kanun'un 9/A maddesi gerek 6502 sayılı yeni kanunun 48. Maddesi, mesafeli sözleşmelerle ilgili ilk belgelerden biri olan Avrupa Birliği Direktiflerinden 97/7 sayılı Mesafeli Satışlara İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ile paralellik göstermektedir. Ancak ilginç bir şekilde Türkiye, 2011'de yenilenen Avrupa Birliği Yönergesini almak yerine 1997 tarihli eski bir yönergeye göre düzenleme yapmıştır.2011/83 sayılı Yönerge, Türk Hukukundaki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna benzer bir şekilde birçok sözleşme türünü bünyesinde barındıran genel bir yönerge olma özelliği taşımaktadır.

6502 sayılı Kanun'un 48. Maddesi "sözleşme" denilmek suretiyle ne tip sözleşme olacağı konusunda bir netlik getirmemiştir. Aslında, mesafeli sözleşmeler özel bir sözleşme tipi olmayıp sadece sözleşmenin kurulması bakımından gösterdiği farklılık nedeniyle özel olarak düzenlenen sözleş-

melerdir[1]. Lakin yönetmelik, AB Direktifinden gelen yapıya sadık kalarak birçok sözleşme tipinin mesafeli sözleşme şeklinde yapılmasını yasaklamıştır. Bu haliyle madde birçok mümkün sözleşme tipini kısıtlayarak adeta mesafeli sözleşmeyi kurulması bakımından farklılık gösteren yapıdan çıkartmıştır. Madde içinde mesafeli sözleşme şeklinde yapılamayacağı öngörülen sözleşmeler sayma yoluyla gösterilmiş ancak neden bunların seçildiğine dair herhangi bir gerekçe gösterilmemiştir. Yönetmelikte mesafeli sözleşme şeklinde yapılamayacağı öngörülen durumlar 2.maddenin 2.fıkrasında yer bulmuştur. Örneğin paket tur, konut kirası gibi günümüzde internet üzerinden mesafeli sözleşme kurulması mümkün birçok alan, bu madde ile mesafeli sözleşme kapsamı dışında tutulmuştur. Bu maddenin günümüz ihtiyaçlarını karşılamadığı açıktır.

I. Tanım

Mesafeli sözleşmeler, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 48. Maddesinin 1. Fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre "*Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir*".

6502 sayılı Kanun'a uygun olarak 27 Kazım 2014 günü yayınlanan "Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği" nde ise mesafeli sözleşmenin ayrıca tanımı yapılmamış kanunda verilen tanımla yetinilmiştir.

6502 sayılı Kanun'da 48. Madde ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği ile düzenlen mesafeli sözleşmeler Avrupa Birliği'nin 20 Mayıs 1997 tarihli 97/7/EC "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması" başlıklı direktifinden esinlenerek yapılmıştır. Ancak şunu da belirtmek gerekir 25 Ekim 2011 tarihinde söz konusu direktif ve 85/577/EEC tüketicinin korunmasına dair normlar getiren Konsey direktifi birleştirilerek 2011/83/EC direktifi oluşturulmuştur. 2014 yılında hazırlanan Türk yönetmeliğinde ise 1997 tarihli direktifin temel alınması eleştiriye açıktır. Nitekim günün ihtiyaçlarına uygun olarak oluşturulmuş ve birleştirilmiş olan 2011 tarihli direktifin temel alınması kanımızca daha uygun olurdu. Ayrıca 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Yönergesinin getirdiği önemli bir yenilik de tam uyumlaştırmadır (fullharmonization). Buna göre, üye devletler yönergeyi iç hukuklarına aynen uygulamak zorundadır. Lakin Türkiye'de yürürlük-

1 **Oğuz Gökhan YILMAZ**, Tüketici Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler, TAAD, Yıl:4, Sayı:14 (Temmuz 2013) s.1014

te olan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği yeni yönergeye göre değil, 97/7 sayılı eski yönergeye göre yapılmıştır. Bu da eleştirilmesi gereken önemli noktalardan biridir. Bütün bu eleştiriler bir kenara bırakılırsa 1997 tarihli direktifin 2. Maddesinde "Tanımlar" başlığı altında mesafeli sözleşme şöyle tanımlanmıştır: "*sözleşmenin akdedildiği ana kadar ve akdedildiği an da dâhil olmak üzere, sözleşmenin amacı doğrultusunda bir ya da birden fazla mesafeli iletişim aracını münhasıran kullanan tedarikçi tarafından işletilen organize bir mesafeli satış veya hizmet sağlama planı kapsamında, bir tedarikçi ile bir tüketici arasında mal veya hizmetlere ilişkin olarak akdedilen herhangi bir sözleşmeyi ifade eder*".

II. Unsurları

Bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olabilmesi için Kanun'un 48. Maddesi, Yönetmelik ve Avrupa Birliği Yönergeleri bizi bazı gerekli unsurlara yönlendirmektedir. Öncelikle şunu da belirtmek gerekir ki kanunda mesafeli sözleşmeler açısından herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Lakin 2011 öncesinde yürürlükte olan Yönetmelik, "*mesafeli sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur*" demek suretiyle mesafeli sözleşmeleri yazılı şekil şartına bağlamakta ve bir nüshanın tüketiciye verilmesini zorunlu kılmaktaydı. Şu anda yürürlükte olan mevzuat açısından sözleşmenin kendisiyle ilgili bir şekil şartı öngörülmese de önbilgilendirmenin "yazılı" (Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m.6/f.1) olarak yapılacağı yönetmelikte belirtilmiştir.

Unsurlara gelecek olursak:

- Sözleşme tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında kurulmalıdır.
- Bir mal teslimi veya bir hizmet akdi öngörülmüş olmalıdır.
- Uzaktan iletişim araçları kullanılmış olmalıdır.
- Mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde sözleşme kurulmalıdır.
- Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği md.2'de belirtilen istisnai sözleşme türlerinden biri olmamalıdır.

Şimdi bu unsurları tek tek inceleyelim.

1. Sözleşme tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında kurulmalıdır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un spesifik özelliği olduğu üzere mesafeli sözleşmeler de tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında ku-

rulmalıdır. Tüketici, "*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" (TKHK m.3/f.1-k) demektir. Satıcı, "*Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*"(TKHK m.3/f.1-i) ve sağlayıcı da "*Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" (TKHK m.3/f.1-ı) demektir. Bu tanımlar, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde de aynen muhafaza edilmiştir.

Kanun koyucu, burada taraflar arasındaki eşitsizliği dikkate alarak, tüketiciyi korumayı hedeflemiştir. Bu sebeple örneğin iki eşit kişi arasında internetten kurulan bir satım sözleşmesi bu Kanun kapsamına girmeyecektir çünkü burada korunması gereken zayıf bir taraf yoktur. [2]

2. Mal teslimi ya da hizmet akdi öngörülmüş olmalıdır.

TKHK m.3 ve Yönetmelik'in paralel düzenlemesi sonucu mal "*Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları*"; hizmet ise "*Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu*" ifade eder. Burada mal tanımında dikkat edilmesi gereken bir nokta, elektronik ortamda hazırlanan yazılım, ses, görüntü gibi gayrimaddi malların da kanun kapsamına alınmış olmasıdır.

Bu doğrultuda, satım, eser, kira sözleşmelerinde hep mal sağlama amacı vardır. Buna karşılık, mal teslimi öngörmeyen bütün sözleşmelerde hizmet akdi vardır. Bu da Kanun'un hizmet kavramını Borçlar Kanunundan daha geniş gördüğü gösterir.

3. Uzaktan iletişim araçları kullanılmış olmalıdır.

Mesafeli sözleşmelerin en önemli özelliği şüphesiz ki tarafların birlikte fiziksel varlığı olmaksızın sözleşmenin kurulmasıdır. TKHK madde 48'de belirtildiği üzere "*taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmeler*" mesafeli sözleşmelerdir.

4077 sayılı TKHK, örnekleme yoluna gitmiş ve mesafeli sözleşmelerin "yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak" kurulabileceğini hükme bağlamıştı. Yeni Kanun – her ne

2 **Oğuz Gökhan YILMAZ**, Tüketici Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler, TAAD, Yıl:4, Sayı:14 (Temmuz 2013) s.1014

kadar eski kanunda bir numerusclausus durumu söz konusu olmasa da – bu yola başvurmamıştır. Özellikle teknolojinin gelişmesiyle yeni iletişim araçlarının ortaya çıkması söz konusu olduğu için bu düzenleme oldukça yerindedir.

Yine eski kanunda, uzaktan iletişim araçlarının ne zamana kadar kullanılması gerektiğiyle ilgili bir netlik bulunmamaktaydı[3]. Bu açıdan bakıldığında örneğin bir mağazaya gidip bir televizyon beğenen fakat o anda almayıp daha sonra telefonla arayarak o televizyonu satın alan kişinin mesafeli satım sözleşmesi yapıp yapmadığı tartışmalıydı. Şu andaki düzenlemeye bakılacak olursak, "*sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere*" denildiği için sözleşmenin bütün aşamalarının uzaktan iletişim araçlarıyla gerçekleşmesi gerektiğini; bu doğrultuda da yukarıdaki örneğimizin Kanun kapsamında mesafeli satış sözleşmesi olarak değerlendirilmeyeceğini görmek mümkündür. Özetle burada dikkat edilmesi gereken nokta, sadece sözleşme kurulduğu anda uzaktan iletişim araçlarının kullanılması değil sözleşme kurulmadan önceki temasların da uzaktan iletişim araçlarıyla yapılmasıdır.

Buna karşılık Avrupa Birliğinde 97/7 sayılı Yönetmeliğin yerini alan 2011/83 sayılı Yönerge, açık bir şekilde yukarıdaki örneğimizi mesafeli sözleşme kabul etmektedir. Yani sözleşme görüşmelerinin (mağazada televizyonu incelemek gibi) yüz yüze yapılmasına rağmen sözleşmenin uzaktan iletişim araçlarıyla kurulduğu durumları mesafeli sözleşme sayılmaktadır. Günümüz gerekleri düşünüldüğünde 2011/83 sayılı Yönergenin daha uygun olduğu görülmektedir. Bu durum özellikle cayma hakkı açısından önem taşımaktadır. Her ne kadar cayma hakkının temelinde görmeden alınan bir malın tüketicinin beklentisini karşılamaması, malın fotoğrafta görüldüğü gibi çıkmaması gibi birçok durumda tüketiciyi korumak yatsa da sırf bir malı daha önce somut olarak gördüğü için tüketiciyi cayma hakkından mahrum bırakmak Kanun'un koruyucu yapısına ters düşmektedir. Türk hukukunda 2011/83 sayılı Avrupa Birliği Yönergesinin gerektirdiği gibi Yönerge ile tam uyum yapılması ve bu değişikliğin en kısa sürede kabul edilmesi mesafeli sözleşmelerin tüketiciyi koruyucu etkisini artıracaktır.

4. Mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik bir sistem çerçevesinde:

Bu hüküm 4077 sayılı TKHK yer almaması nedeniyle sıklıkla eleştiriliyordu. Her ne kadar kanun metninde yer almasa da Avrupa Birliği Yöner-

3 **Savaş BOZBEL,** Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler 2003, AÜEHFD, Aralık 2003, s.784

gesinde belirtilen bir unsur olduğu için doktrinde aranan bir unsurdu[4]. Yeni Kanunla beraber Avrupa Birliği düzenlemesine paralel şekilde bu şart, kanun sistematiğine de yerleşmiş oldu.

Mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik bir sistem demek satıcı veya sağlayıcının bunu bir kerelik değil de belli bir sistem çerçevesinde yaptığı gösterir. Yani, satıcı veya sağlayıcı sistemi etkin bir şekilde kullanıyor olmalıdır. Buradan yola çıkarak, uzaktan iletişim araçları üzerinden tesadüfi bir karşılaşma sonucu ortaya çıkan sözleşmelerin mesafeli sözleşme olmayacağını söyleyebiliriz. Örneğin, bir arkadaşım rastlantı eseri bana internet üzerinden elimde fazla pikap olup olmadığını sorarsa ve ben de olduğunu, ona satabileceğimi söylersem, burada sistematik bir yapılanma söz konusu olmadığı için bunu mesafeli sözleşme kapsamına almak mümkün olmayacaktır.

5. Mesafeli sözleşme olarak düzenlenebilen bir sözleşme olması:

Eski Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 2. Maddesi şu andaki düzenlemeye göre oldukça az sayıda sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak yapılamayacağını öngörmekteydi. Bugün yürürlükte olan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği 2. Maddesi aşağıdaki konularla ilgili sözleşmelerde mesafeli sözleşme hükümleri uygulanmayacağını belirtmektedir.

a) Finansal hizmetler,

b) Otomatik makineler aracılığıyla yapılan satışlar,

c) Halka açık telefon vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleriyle bu telefonun kullanımı,

ç) Bahis, çekiliş, piyango ve benzeri şans oyunlarına ilişkin hizmetler,

d) Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı,

e) Konut kiralama,

f) Paket turlar,

g) Devre mülk, devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi,

ğ) Yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya işyerine götürülmesi,

4 **Oğuz Gökhan Yılmaz**, Tüketici Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler, TAAD, Temmuz 2013, s.1018

h) 5. maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerindeki bilgi verme yükümlülüğü ile 18. ve 19. maddelerde yer alan yükümlülükler saklı kalmak koşuluyla yolcu taşıma hizmetleri,

ı) Malların montaj, bakım ve onarımı,

i) Bakımevi hizmetleri, çocuk, yaşlı ya da hasta bakımı gibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesine yönelik sosyal hizmetler

Bu düzenlemenin ne kadar isabetli olduğu bize göre tartışmalıdır. Örneğin günümüzde gitgide yaygınlaşan şekilde internetten yiyecek ve içecek gibi günlük tüketim maddeleri satın alınabilmektedir. Eğer bir tüketici her gün düzenli olarak aynı maddeden satın alıyorsa bu ğ bendi uyarınca, mesafeli sözleşme kapsamına girmeyecek; buna karşılık ayda bir kez alıyorsa girecektir. Oysa bize göre bir yiyecek maddesinin her gün alınması veya ayda bir alınması arasında bir fark bulunmamaktadır. Yine aynı şekilde internetin yaygınlaşması sonucu paket tur, konut kiralama gibi mallar da sık sık internet aracılığıyla alınmaktadır. Yönetmelikteki düzenleme uyarınca onları mesafeli sözleşme saymak mümkün değildir.

III. Hukuki Niteliği

Mesafeli sözleşmeler de klasik mal/hizmet değiş tokuşu öngören sözleşmelerde olduğu gibi rızai, borç doğurucu, karşılıklı ve temlik borcu doğuran sözleşmelerdir[5]. Klasik sözleşmelere ek olarak burada tarafların fiziksel birlikteliği olmaksızın, uzaktan iletişim araçlarıyla kurulmuş bir sözleşme lazımdır. İvazlı ve uzaktan kurulmuş olmak mesafeli sözleşmeler için vazgeçilmezdir.

a. Rızai bir sözleşmedir.

Mesafeli sözleşmelerin kurulması için tarafların anlaşması yeterlidir. Ancak bu anlaşma, eşzamanlı fiziksel beraberlikleri olmaksızın uzaktan iletişim araçlarıyla yapılmış olmalıdır. Yoksa yüz yüze anlaşan iki insanın mesafeli sözleşmesi kurduğundan söz edilemez. Ayrıca sözleşmenin kurulması için sözleşmenin esaslı unsurlarında anlaşma olmalıdır.

b. Borç doğurucu sözleşmelerdir.

Mesafeli satış sözleşmeleri açısından bakıldığında, sözleşmenin yapılması ile satılanın mülkiyeti kendiliğinden alıcıya geçmez. Burada mutlaka tasarruf niteliğindeki ifanın gerçekleşmesi lazımdır[6].

Aynı şekilde eğer sağlayıcıyla bir hizmet sözleşmesi kurulduysa sözleşmenin kurulması başlı başına hizmetin görülmesi anlamına gelmez.

---

5 **CevdetYAVUZ**, BorçlarHukuku Dersleri, 13.Baskı, s.26

6 **CevdetYAVUZ**, BorçlarHukuku Dersleri, 13.Baskı, s.27

c. Karşılıklı bir sözleşmedir.

Mesafeli satış sözleşmesi sonucunda her iki taraf da borç altına girmektedir. Tüketicinin borcu, malın bedeli ödemektir. Buna karşılık, satıcının borcu ise mülkiyeti geçirme ve teslim borcudur. Online olarak var olan mallar hariç, satıcının borcunu ifa edebilmesi için malı tüketiciye veya taşıyıcıya teslim etmesi şarttır.

Hizmet sözleşmesi halinde de sağlayıcı o hizmeti görmekle yükümlüdür. Buna karşılık tüketici de bedeli ödemelidir.

IV. Sözleşmenin Kurulması

Borçlar Kanunu 1. Maddede belirtildiği üzere "*tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla*" sözleşme kurulur. Yani bir sözleşmenin kurulması için öneri ve kabulün birbiriyle uyuşması gerekir.

A. Öneri ve Kabul

Öneri ve kabulün ne zaman gerçekleştiğini bilmek sözleşmenin ne zaman kurulduğu bilmek için bir gerekliliktir.

1) Öneri

Öneri, sözleşmenin esaslı unsurlarına dair bilgileri belirtiyor olmalıdır. Örneğin bir satış sözleşmesi için fiyat belirtmemek Borçlar Kanunu açısından sergilemeyi icap değil icaba davet yapar.

Mesafeli sözleşmeler açısından ilk değerlendirmemiz gereken nokta buradaki önerinin Borçlar Kanunu açısından hazırlar arası öneri mi yoksa herkese açık öneri mi olduğudur. Hazırlar arası öneriden söz edebilmek için tarafların birbirinin irade beyanlarını araya zaman unsuru girmeden öğrenebilmeleri gerekir.[7] Bu demek değildir ki taraflar yanyana olmalıdır. Telefonda veya bilgisayarda yazışırken yapılan öneriler BK 4/2 uyarınca hazırlar arası bir öneridir. Buna karşılık öneriden sonra araya zaman giriyorsa (örneğin internetteki satılık ilanları) bu durumda hazır olmayanlar arasında, herkese açık bir öneri söz konusu olacaktır.

Burada bir diğer önemli husus satıştan kaçınma konusundadır. Borçlar Kanunu açısından elektronik ortamdaki mal sergilenmeleri, malın fiziksel olarak sergilenmesi söz konusu olmadığı için öneri sayılmaz. (BK m. 8/f.2) Meğer ki bilgisayar oyunu gibi, bilgisayar ortamında varolabilen bir mal söz konusu olsun.

7 **Turan Şahin**, Elektronik Sözleşmelerin Kurulmasına İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması,TBB Dergisi, 2011, s.334

Buna karşılık, TKHK m.6 "*Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz*" demektedir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki bu hükmün amacı tüketicinin rahatça malı inceleyebilmesini sağlamaktadır. Ama maddi mal sergilenmesinin yanına elektronik ortamı da koymak hükmün amacıyla bağdaşmamaktadır.[8] Elektronik ortamda tüketicinin bir malı eline alıp incelemek gibi bir imkanı yoktur.

Doktrinde tartışmalı olan nokta bu hükmün mal teşhirini doğrudan doğruya icap sayıp saymadığıdır. Eğer bir mal fiyatı gösterilmeden sergileniyorsa satıcının icapta bulunduğundan bahsetmek oldukça zordur çünkü esaslı unsurlarda anlaşma yoktur. O yüzden kabul edilmelidir ki fiyat belirtilmeden mal teşhiri varsa ancak tüketici icapta bulunursa işte o zaman satıcı kabul etmek zorundadır. [9]

Bu yüzden elektronik ortamda satıcı tarafından teşhir edilen bir ürün, bütün esaslı unsurlar o teşhirde yer alıyorsa öneri olacaktır. Ancak fiyat belirtmeden teşhir söz konusuysa artık her ne kadar satıştan kaçınamazsa da satıcının teşhiri öneri değil, olsa olsa öneriye davet olacaktır, öneriyi yapması gereken tüketicidir.

2) Kabul

Burada değinilmesi gereken bir nokta, tüketicinin mal veya bedel üzerinde bir değişiklik yapamıyor olmasıdır. Tüketici, öneriyi aynen kabul etmelidir. Çünkü satıcı ile fiziksel bir birlikteliği bulunmamaktadır, irade açıklamasında bulunamaz. Eğer tüketici, mal veya bedel üzerinde bir değişiklik yapmak isterse artık satıcıya yönelttiği irade açıklaması yeni bir öneri sayılmalıdır. Örneğin kendi internet sitesinde elindeki kitapları satan bir satıcıya mesaj göndermek suretiyle fiyatta indirim talep eden bir tüketici artık icapçı olacaktır. Eğer satıcı yeni bedeli kabul ederse sözleşme ancak o zaman kurulur.

B. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

1) Tüketici: TKHK tanımlar maddesi uyarınca tüketici "*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" demektir.

2) Satıcı: Yine aynı madde uyarınca satıcı "*Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya*

8 **Alper Gümüş**, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, Mayıs 2014, s. 75

9 **Alper Gümüş**, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, Mayıs 2014, s. 76

da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi" demektir.

3) Sağlayıcı: Aynı madde sağlayıcıyı şu şekilde tanımlar: "*Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*"

C. ŞEKİL

Yukarıda da açıkladığımız üzere eski yönetmeliğin aksine günümüzde ne yönetmelik ne de kanun mesafeli sözleşmeler için şekil şartı öngörmektedir.

Ancak, satıcının sözleşmeyi akdederken tüketiciyi siparişi onayladığı takdirde bedel ödemekle yükümlü olacağı konusunda bilgilendirmesi zorunludur. Önbilgilendirme denen bu işlem Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği uyarınca sıkı şekil şartlarına bağlıdır. Yönetmeliğin 6.maddesine göre "*Tüketici, 5. maddenin birinci fıkrasında belirtilen tüm hususlarda, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirilmek zorundadır*." Aynı maddenin 3.fıkrası sesli olarak kurulan sözleşmeleri düzenlemektedir. Buna göre tüketici siparişi vermeden hemen önce satıcı açık ve anlaşılır bir şekilde onu bilgilendirmekle yükümlüdür. Ancak hemen belirtilmelidir ki bu şekil şartları geçerlilik şartı değildir, ön bilgilendirmenin şekil şartlarına uyulmaması kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmaz.

V. Hükümleri

A. Sağlayıcı ya da satıcının hak ve borçları:

Öncelikle şunu tekrarlamak gerekir ki mesafeli sözleşmeler sözleşmenin tipini belirlemeyip sadece sözleşmenin yapılma koşullarına ilişkin şartları taşıdığından bütün sözleşmeler mesafeli sözleşme şeklinde yapılabilir meğerki bu sözleşme Yönetmeliğin 2. Maddesinde kapsam dışı sayılan sözleşmelerden biri olsun. Örneğin mesafeli olarak yapılan sözleşme bir satım sözleşmesi ise satım sözleşmelerine ilişkin olarak doğan hak ve borçlar ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır. Hüküm kapsamında olmayan bütün sözleşmelerdeki özel hak ve borçları tek tek inceleme imkânı bulunmadığı için bu konunun Borçlar Özel kapsamında ayrıca incelenmesi zarureti doğar.

Kanun ve Yönetmeliğin, satıcı ya da sağlayıcı açısından, her türde yapılabilecek mesafeli sözleşmeler için tanıdığı hak ve borçlara gelecek olur-

sak ruhu "tüketiciyi korumak" olan bu hükümlerin satıcı ya da sağlayıcıya daha fazla borç yüklediği tartışılmaz bir gerçektir. Bu nedenle başlığın büyük bir bölümünü satıcının borçları oluşturur.

1) Satıcı ya da sağlayıcının borçları:

a. Edimi yerine getirme borcu: Kanunun 48. Maddesinin 3. Fıkrasına göre *"Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirir. Mal satışlarında bu süre her hâlükârda otuz günü geçemez. Satıcı veya sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir".* Satıcı ya da sağlayıcı taahhüt ettiği süre içerisinde edimini yerine getirecektir. Bu süre illa satıcı ya da sağlayıcının taahhüdü ile belirlenmek zorunda değildir; taraflar sözleşmede bir süre de belirlemiş olabilir. Mal satışı söz konusu ise bu süre 30 günün geçemez. Ancak diğer sözleşmeler için böyle bir üst süre belirtilmemiştir. Taahhüt edilen ya da sözleşmede belirlenen süre içerisinde edimin yerine getirilmemesi durumunda tüketiciye "sözleşmeyi feshetme" hakkı tanınmıştır. Burada "fesih" kavramının yanlış kullanılması söz konusudur; sözleşmeyi fesih, edimin süreye yayılarak yapılması durumlarında ileriye etkili olarak sözleşmenin sona erdirilmesidir. Maddede belirtilen çerçevede ise sözleşme yapıldıktan sonra satıcı/sağlayıcının edimi belirtilen ya da taraflarca belirlenen süre içerisinde yapmaması söz konusudur. Bu durum borçlunun temerrüdüne işaret eder. Belirli vadenin söz konusu olduğu hallerde BK' da düzenlenen borçlunun temerrüdü hükümleri uyarınca borcun ifa edilmemesi halinde, ihtara gerek kalmaksızın borçlu temerrüde düşer (BK 117/2). Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ise (BK 124'teki hallerden biri mevcut değilse) taraflardan biri temerrüde düşerse, diğeri mehil vermek durumundadır (BK 123). Ancak bu sürenin verilmesinden sonra seçimlik haklara başvurulabilecektir (BK 125). Bu seçimlik haklardan biri de sözleşmeden dönme ve olumsuz zararı talep hakkıdır. TKHK m. 48/3 kapsamında ise böyle bir süre vermeye gerek kalmaksızın sözleşmeden dönme ve olumsuz zararı isteme hakkının kullanılabilmesi mümkün olacaktır[10].

Tüketici sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa teslimat da dâhil tahsil edilen ödeme, satıcı/sağlayıcı tarafından, bildirimin bu kişilere ulaştığı tarihten itibaren 14 gün içerisinde kanuni faiziyle[11] birlikte tüketiciye geri

10 Burada yapılan mesafeli sözleşme, örneği mesafeli satış sözleşmesi ise, artık Borçlar Özel kapsamında düzenlenen özel temerrüt hükümlerine gitmek mümkündür. Mesafeli sözleşmenin hangi sözleşme kapsamında inceleneceği kesinleştikten sonra bu özel düzenlemelere de gitmek mümkün olacaktır.

11 3095 sayılı Kanun'un 1. Maddesi uyarınca tayin edilir.

verilir. Aynı zamanda tüketiciyi borç altına sokan tüm kıymetli evrak ve benzeri belgelerin de iadesi gerekir(Yönetmelik Madde 16 Fıkra 3).

16. maddenin 4. Fıkrası ise şöyledir: *"Sipariş konusu mal ya da hizmet ediminin yerine getirilmesinin imkânsızlaştığı hallerde satıcı veya sağlayıcının bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi ve varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde iade etmesi zorunludur. Malın stokta bulunmaması durumu, mal ediminin yerine getirilmesinin imkânsızlaşması olarak kabul edilmez".* Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki maddede kusurlu ya da kusursuz imkânsızlaşma adına herhangi bir ayrım yapılmamıştır. Fakat malın stokta bulunmaması dahi hüküm kapsamında imkânsızlaşma sayılmıyorsa artık burada kast edilen imkânsızlaşmanın kusursuz imkânsızlaşma halleri olması gerektiği yorumu yapılabilir. Yani söz konusu imkânsızlaşmada satıcı ya da sağlayıcının kusurlu olmaması gerekir. Böyle bir kusursuz sorumluluk halinin varlığında satıcı/sağlayıcı bu durumu öğrendiği tarihten itibaren 3 gün içerisinde durumu yazılı olarak tüketiciye bildirir. Bu bildirimin yapılmasından itibaren 14 gün içerisinde ise tahsil edilen masrafların (teslimat masrafları da dâhil olmak üzere) tüketiciye iadesi gerekir.

b. Ön bilgilendirme yükümlülüğü: Kanunun 48. Maddesinin 2. Fıkrasında şu ibareye yer verilmiştir: *"Tüketici, mesafeli sözleşmeyi ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce ayrıntıları yönetmelikte belirlenen hususlarda ve siparişi onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilir. Tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir".*Fıkrada isimlendirilmese de söz konusu yükümlülük Yönetmelikçe "ön bilgilendirme yükümlülüğü" olarak adlandırılmıştır. Bu bilgilendirmenin neleri kapsayacağının yönetmelikle belirleneceği açıkça ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 5. Maddesinin 1. Fıkrasında bu kapsam, 15 bent halinde sayılmıştır. 2. Fıkra ise 1. Fıkrada belirtilen bilgilerin sözleşmenin "ayrılmaz bir parçası" olduğunu söyler. Bu şu anlama gelir belirtilen hususlar sözleşmenin ayrılmaz bir parçası ise nasıl ki sözleşmenin, tarafların irade uyuşması ile değiştirilmesi mümkündür;sözleşmenin ayrılmaz parçası olan bu bilgilerinde taraf iradesi ile değiştirilmesi mümkün olacaktır. Nitekim "taraflar aksini açıkça kararlaştırmadıkça bu bilgiler değiştirilemez" denmek suretiyle bu bilgilerin sözleşme dâhilinde olmasının emredici nitelikte olmadığı açıkça belirtilmiştir.5. Maddenin 3. Fıkrasında, aynı maddenin 1. Fıkrasının d bendinde yer alan ek masraflara atıf yapılmış ve bunlara

dair bilgilendirmenin olmamasının müeyyidesinin, söz konusu masraflara satıcı ya da sağlayıcının katlanması olacağı belirtmiştir. 4. Fıkrada d bendindeki toplam fiyatın, belirsiz süreli sözleşmelerde veya belirli süreli abonelik sözleşmelerinde, her faturalama dönemi bazında toplam masrafları içermesini zorunlu kılmıştır. 5. Fıkra uyarınca açık arttırma veya eksiltme yoluyla kurulan sözleşmelerde 1. Fıkranın b, c ve ç bentlerinde yer alan bilgilendirme içeriği bu sözleşmelerin niteliğine uygun olarak değiştirilmiştir ve bunlar yerine "*açık arttırmayı yapan ile ilgili bilgilere*" yer verilebileceği belirtilmiştir.

TKHK'nın 48. Maddesinin 2. Fıkrasında Yönetmelikle düzenlenmesi gerekli hususlardan sonra kanun koyucu bu bilgilendirmede tüketicinin sipariş neticesinde bir ödeme yükümlülüğü altına gireceğinin belirtilmesi gerektiğini söylemiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 20. Maddesi uyarınca tacir olmanın nimetlerinden bir tanesi "ücret talep" edebilmektir. Ancak 6502 sayılı Kanun'da tüketici işleminin karşı tarafı her zaman bir tacir olmak zorunda değildir. Dolayısıyla tacir olmadığı için ücret talep etme hakkı kanunla güvence altına alınmamış olan satıcı ya da sağlayıcının (her ne kadar günümüz koşullarında bir karşılık talep edilmeyeceğinin düşünülmesi neredeyse imkânsız olsa da) böyle bir ücret talep edeceği hususunda tüketiciye bilgi vermesi gerekir. TKHK' daki ibareye paralel bir düzenleme de Yönetmeliğin 8. Maddesinin 1. Fıkrasında yer almaktadır. *"Satıcı veya sağlayıcı, tüketici siparişi onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmek zorundadır. Aksi halde tüketici siparişi ile bağlı değildir".* TKHK 48/2: *"siparişi onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilir"* şeklinde bir ibareye yer vermekle yetinirken Yönetmelik bu bilgilendirmenin yapılmamasına tüketicinin "siparişi" ile bağlı olmaması sonucunu bağlamıştır. Burada siparişin tüketicinin icabı mı yoksa kabulü mü olarak değerlendirileceği açık değildir. Burada maddenin lafzından sanki öneride bulunan tüketiciymiş gibi anlaşılır. TKHK m. 6, satıcıya malın vitrin, elektronik ortam vb. yerde teşhir edilmesi ve satılık olmadığını belirten bir ibareye yer vermemesi durumunda sözleşme yapma zorunluluğu getirmektedir. Aynı maddenin 2. Fıkrası uyarınca da sağlayıcı, hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınamaz. Dolayısıyla tüketici mevzuatı genelinde icap ve kabul açısından bir netlik bulunmamaktadır. Burada tüketicinin korunması hedeflendiği göz önünde bulundurularak icabın satıcı/sağlayıcı tarafından yapıldığını kabul etmek daha uygun olacaktır.

TKHK'nın 48. Maddesine uygun olarak Yönetmeliğin 5. Maddesinin 6. fıkrasında kanun koyucu tüketicinin bilgilendirilmemiş olmasını karine sayarak aksini ispatlamakla yükümlü olan kişiyi satıcı ya da sağlayıcı olarak belirlemiş ve tüketiciye kolaylık sağlamıştır.

Yönetmelik ön bilgilendirmenin nasıl yapılacağını 6. Maddesi ile düzenlemiştir. Yönetmeliğin 6. Maddesinin 1. Fıkrası TKHK'nın 4/1'inde verilen temel ilkenin tekrarı niteliğindedir. Buna göre yönetmeliğin 5. Maddesinin 1. Fıkrasında belirlenmiş ön bilgilendirme içeriği hakkında tüketici *"kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirilmek zorundadır".* Aynı TKHK'daki düzenlemede olduğu gibi burada da şekil şartının geçerlilik şartı olacağına dair bir düzenleme getirilmemiştir. Nitekim kanun tarafından geçerlilik şartı olarak görülmeyen şekil şartının, daha alt norm olan yönetmelik tarafından geçerlilik şartı olarak öngörülmesi normlar hiyerarşisi açısından mümkün gözükmemektedir.

Aynı maddenin 2, 3 ve 4. Fıkraları mesafeli sözleşmenin yapıldığı ortamın ve koşulların niteliğine uygun olarak ön bilgilendirmenin yapımına dair ek kurallar getirmektedir. Bunlardan günümüzde en yaygın olarak kullanılanı şüphesiz 2. Fıkrada düzenlenen online olarak kurulan mesafeli sözleşmelerdir.

Ön bilgilendirmeye dair bir diğer yükümlülük de Yönetmeliğin 8. Maddesinin 2. Fıkrası ile konmuştur. Buna göre *"Tüketicinin mesafeli sözleşme kurulması amacıyla satıcı veya sağlayıcı tarafından telefonla aranması durumunda, her görüşmenin başında satıcı veya sağlayıcı kimliğini, eğer bir başkası adına veya hesabına arıyorsa bu kişinin kimliğini ve görüşmenin ticari amacını açıklamalıdır".*

c. Ön bilginin teyidi:

Yönetmelik ön bilgilendirmenin yapılmasıyla yetinmeyerek 7. Maddesiyle satıcı ya da sağlayıcı ek bir yükümlülük daha getirmektedir: *"Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin 6'ncı maddede belirtilen yöntemlerle ön bilgileri edindiğini kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit etmesini sağlamak zorundadır. Aksi halde sözleşme kurulmamış sayılır".*Görüldüğü üzere 6. Maddedeki şekil şartlarına uyulmaması halinde sözleşmenin kurulmamış olması yaptırımı söz konusu olmazken kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak ön bilgilerin edinildiğinin, satıcı ya da sağlayıcı tarafından, teyit edilmemesi sonucunda sözleşme

kurulmamış sayılır. Özellikle yaygınlaşa online alış verişlerde birçok site, bu hüküm karşısında "Mesafeli satış sözleşmesini okudum ve kabul ediyorum" butonu koyarak teyidi sağlamaktadır. O halde benzer bir şekilde teyit almadan bir alış veriş yapılması örneğinde sözleşme kurulmamış sayılacağı için aslında her iki taraf da sebepsiz zenginleşmiş olacaktır.

d. Cayma hakkının kullanımı halinde yükümlülüğü:

Tüketicinin hak ve borçları altında incelecek olan cayma hakkının kullanılması halinde satıcı ya da sağlayıcı, bildirimin kendisine ulaştığı tarihten itibaren, 14 gün içinde tahsil edilen tüm ödemeleri tüketiciye iade ile yükümlüdür, şu kadar ki eğer tüketici malın kendisine teslimi için masraf yapmışsa bunların da iadesi gerekir (Yönetmelik 12. Madde 1. Fıkra). Yani tüketicinin internet sitesinden bir alışveriş yapması ve süresinde cayma hakkını kullanması senaryosunda malın kendisine gelmesi için tüketici kargo ücreti ödemişse bunun da tüketiciye teslimi gerekir. Satıcının ya da sağlayıcının bu geri ödemeyi tek seferde yapması zorunludur. Ayrıca bunu, tüketiciye herhangi bir masraf ya da yükümlülük getirmeden tüketicinin satın alırken kullandığı ödeme şekline uygun bir şekilde yapması gerekir (Yönetmelik 12. Madde 2. Fıkra).

Cayma hakkının kullanılmasından sonra tüketici ön bilgilendirme belirtilecek olan (5. Maddenin 1. Fıkrasının g bendi) taşıyıcı aracılığıyla malı geri gönderir. Belirtilen taşıyıcı ile malın iadesi halinde yapılacak masraflara satıcı ya da sağlayıcı katlanır. Ön bilgilendirmede belirtilen taşıyıcının, tüketicinin bulunduğu yerde şubesi yoksa satıcı/sağlayıcı malın tüketiciden alınmasını sağlamak ve bunun için bir masraf talep etmemek durumundadır. Peki bu hüküm kapsamında "tüketicinin bulunduğu yer" in kapsamı ne olacaktır? Örneğin, tüketici İstanbul'da bulunuyorsa ve ön bilgilendirmedeki taşıyıcının İstanbul'daki şubesi, tüketicinin bulunduğu yerden uzakta ise ne olacaktır? Verilen örnekteki gibi tüketicinin il bazında bulunduğu yerde taşıyıcının şubesi mevcut olmasına karşın ilçe bazında şubesi olmayabilir. Bu durumda tüketicinin bulunduğu yerde şubenin mevcut olmadığı kanısına varmak gerekir. Tüketici mevzuatının ruhu, hâkim olmadığı alanda ekonomik risk alan tüketiciyi korumaktır. Dolayısıyla iade için de tüketiciyi ek külfetlere katlanmak zorunda bırakmayacak yorumların yapılması bu ruha daha uygun düşer.

Satıcı ön bilgilendirmede herhangi bir taşıyıcı göstermemişse de tüketiciden iadeye ilişkin herhangi bir masraf talebinde bulunamayacaktır. Uygulamada, ön bilgilendirmede taşıyıcının olmaması durumunda, tüketicinin seçtiği taşıyıcı ile mal "karşı ödemeli" olarak gönderilecektir.

e. Bilgileri saklama yükümlülüğü:

Satıcı veya sağlayıcı Yönetmelik kapsamındaki yükümlülüklerine dair her işleme ilişkin bilgi ve belgeyi 3 yıl saklamak zorundadır (Yönetmelik madde 20 1. Fıkra).

e. İspat yükümlülüğü:

Yönetmeliğin 20. Maddesinin 3. Fıkrasına göre *"Satıcı veya sağlayıcı elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen gayri maddi malların veya ifa edilen hizmetlerin ayıpsız olduğunu ispatla yükümlüdür"*. Görüldüğü gibi madde sadece elektronik ortam üzerinde tüketiciye teslim edilen gayri maddi malları ya da hizmetleri kapsar. İnternet üzerinden satın alınan bir virüs programı bu kapsamda olacakken internet üzerinden alınan bir parfüm bu kapsamda yer almayacaktır. Elektronik ortamdan teslim edilmeyen bir mal ya da hizmette bir ayıp olması halinde ise TKHK'nın ayıplı mal ve hizmete ilişkin kurallarını uygulamak gerekir.

2) Tüketicinin hak ve borçları:

a. Tüketicinin Hakları:

aa. Cayma Hakkı: TKHK'nın 48/4'ü ve Yönetmelik ile tüketiciyi koruma amaçlı ona tanınan en geniş hak şüphesiz cayma hakkıdır. Şunu söylemekte yarar vardır ki burada bahsi geçen cayma hakkının kullanılabilmesi için Yönetmeliğin 15. Maddesinde sayılan istisnalardan birinin söz konusu olmaması gerekir. Bu kapsamda bir sözleşmenin bulunması halinde cayma hakkı, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, tüketiciye tanınmamış olacaktır. TKHK 48/4 şöyledir: *"Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlükârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer. Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutat kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir"*.Yani kanun tüketiciye hiçbir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkı tanımaktadır. Öncelikle cayma hakkının hukuki niteliğinden bahsetmek yerinde olur.

Türk hukukunda **bir görüşe göre**, öngörülen cayma süresi sonuna kadar sözleşmenin hüküm doğurup doğurmayacağı belli değildir; sözleşmenin imzalanması ile cayılıp cayılmayacağının belli olması arasında geçen sürede sözleşmenin hükümleri askıdadır[12]. **Diğer görüşe göre** ise mesafeli sözleşmeleri "tecrübe veya muayene şartıyla satım" türlerinden biri olarak nitelendirmek mümkündür. Satıcı açısından başlangıçtan itibaren şartsız olarak bağlayıcı olan bu sözleşmenin alıcı yönünden de bağlayıcı duruma gelmesi, onun tecrübe veya muayeneden sonra açıklayacağı beyanına ertelenmiştir ki, burada söz konusu olan geciktirici nitelikte bir iradi şarttır. İradi şartın gerçekleşmesi ile satım sözleşmesi başlangıçtan itibaren hüküm doğurur, görüşündedir[13]. **Son olarak bir diğer görüş de** direktifte niteliği belirtmeden düzenlenen cayma hakkı her hukuk sisteminde farklı hukuki nitelik taşır. Bizim hukukumuzda ise mesafeli sözleşmeler cayma süresi içerisinde askıda geçerlidir ve sözleşmenin başından itibaren hüküm ifade edeceğini kabul etmek gerekir[14]. **Kanımca** cayma hakkı kanun koyucu tarafından tüketiciye verilmiş özel bir sözleşmeden dönme hakkıdır. Nitekim burada cayma hakkını kullanan tüketici, aynı bozucu yenilik doğurucu bir hak olan sözleşmeden dönme hakkı gibi, tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi sonlandırabilme imkânına sahiptir; cayma hakkını kullanmak isteyen kişinin bu beyanını satıcı ya da sağlayıcıya yönlendirmesi yeterli olmaktadır.

Tüketici cayma hakkını kural olarak 14 gün içinde kullanmalıdır. Ancak eğer tüketici cayma hakkı hakkında gerektiği gibi bilgilendirilmezse bu durumda 14 günlük süre ile bağlı değildir. Ancak kanun koyucu burada bir üst sınır öngörmüş ve her halde bu sürenin, 14 günlü cayma hakkı süresi bittikten 1 yıl sonra sona ereceğini söylemiştir. "Eksik bilgilendirme" başlığıyla Yönetmeliğin 10. Maddesinin 2. Fıkrasında *ise "Cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirmenin bir yıllık süre içinde yapılması halinde, on dört günlük cayma hakkı süresi, bu bilgilendirmenin gereği gibi yapıldığı günden itibaren işlemeye"* başlayacağı hükme bağlanmıştır. Burada kanunda belirtilmeyen ancak yönetmelikle getirilen bir diğer hususdan da bahsetmek gerekir. Yönetmeliğin 10. Maddesinin 1. Fıkrasının ilk cümlesine göre tüketicinin cayma hakkı konusunda bilgilendirilmemesi karine olarak kabul edilmiş, bunun aksini ispat yükümlülüğü ise satıcı ya da sağlayıcıya verişmiştir.

---

12 **Aydın ZEVKLİLER/Murat AYDOĞDU**, Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 3. Bası, Ankara, 2004, s. 250

13 **Savaş BOZBEL/Murat ATALI**, Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt IX Sayı 1-2, 2005, s. 455.

14 **ZEVKLİLER/AYDOĞDU**, s. 250.

14 günlük sürenin ne zaman başlayacağı sorusuna ise Yönetmeliğin 9. Maddesinin 2 ve 3. Fıkraları cevap verir. Buna göre cayma hakkı süresi *"hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar".* Mal teslimine ilişkin sözleşmelerle ilgili olarak malın taşıya tesliminin tüketiciye yapılan teslim olmayacağı aynı maddenin 4. Fıkrası ile de tekrarlanmıştır. Sözleşmenin hem mal teslimini hem de hizmet teslimini içermesi durumunda ise aynı maddenin 5. Fıkrası uyarınca mal teslimine ilişkin cayma hakkı hükümleri uygulanır. Dolayısıyla 14 günlük süre sözleşmenin kurulduğu gün değil malın teslim edildiği günden başlar. 2. Fıkranın 2. Cümlesine göre ise *"Ancak tüketici, sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içinde de cayma hakkını kullanabilir".* Bu şekilde hem tüketiciye sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan sürede cayma hakkı kullanması imkânı tanınmış hem de söz konusu süre zarfının 14 günlük süreyi (uzun teslimat hallerinde) kısaltması engellenmiştir. 3. Fıkrada ise tek sipariş konusu olup ayrı ayrı teslim edilen mallarda, birden fazla parçadan oluşan mallarda ve belirli bir süre boyunca malın düzenli tesliminin yapıldığı sözleşmelerde 14 günlük sürenin başlaması için hangi günün esas alınacağı belirlenmiştir.

Peki bu cayma hakkı nasıl kullanılacaktır? Kanun bu konuda süre içerisinde beyanın satıcı ya da sağlayıcıya ulaştırılmasını söylemekle yetinmiştir. Yönetmeliğin 11. Maddesi ise bu soruya daha detaylı cevap vermiştir. Buna göre "Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin cayma hakkı süresi dolmadan, yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmesi yeterlidir". Burada tüketicinin söz konusu süre içerisinde satıcı ya da sağlayıcıya bildirimde bulunması gerekir. Burada tüketici herhangi bir gerekçe göstermeksizin cayma hakkını kullanabilir. Madde şeklinden bu bildirimin yapılmasının iki şekilde mümkün olduğu anlaşılır: yazılı olarak ya da kalıcı veri saklayıcısı ile yapılacaktır. Ancak "kalıcı veri sağlayıcısı ile" bildirim yapılmasının sanki ayrı bir bildirim yapma şekliymiş gibi gösterilmesi yerinde olmamıştır. Hem kanunda hem de yönetmelik de tanımlandığı şekliyle kalıcı veri sağlayıcısı "araç veya ortamdır". Dolayısıyla yazılı bildirimin yapıldığı araç veya ortamın sanki bir bildirim yapma şekliymişçesine kaleme alınması doğru olmamıştır. Yönetmeliğin 11/2. Maddesinde ise cayma hakkının tanındığı ortam (internet vs.) temel alınarak form vb. şekillerde de bu bildirimin yapılabileceği söylendikten sonra internet üzerinden cayma hakkı tanıyan satıcı veya sağlayıcıya bir yükümlülük daha getirilmiştir. Buna göre bu kişiler *"cayma taleplerinin kendilerine ulaştığına ilişkin teyit bilgisini tüke-*

ticiye derhal iletmek zorundadır". "Cayma talebi" terimi ise bir önceki fıkrayla satıcı ya da sağlayıcıya yöneltilmesi ile yetinilen cayma hakkını, sanki karşı tarafın da onayını gerektiren bir "talep" statüsüne sokmuştur. 11. Maddenin 3. Fıkrası ile telefon gibi sesli iletişim yoluyla yapılan satışlar düzenlenmiştir. *"Sesli iletişim yoluyla yapılan satışlarda, satıcı veya sağlayıcı, EK'te yer alan formu en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar tüketiciye göndermek zorundadır. Tüketici bu tür satışlarda a cayma hakkını kullanma için bu formu kullanabileceği gibi, ikinci fıkradaki yöntemleri de kullanabilir".* Cayma hakkını kullandığını iddia eden tüketici bunu ispat yükümlülüğüne sahiptir (Yönetmelik 11. Madde 4. Fıkra).

Tüketici, cayma hakkını kullandığını bildirdiği süreye kadar malın olağan kullanımı nedeniyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir. Olağan olmayan bir değişiklik ya da bozulma varsa bunun tazmini gerekir[15]. Bu durum yönetmeliğin 13. Maddesinin 2. Fıkrasında da "Tüketici, cayma süresi içinde malı, işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun bir şekilde kullandığı takdirde meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir" denmek suretiyle belirtilmiştir[16].

Cayma hakkına dair bahsedilmesi gereken bir diğer husus da cayma hakkının kullanılmasının yan sözleşmelere etkisidir. Bu durum Yönetmeliğin 14. Maddesinde ele alınmıştır. Buna göre TKHK'nın bağlı kredilere ilişkin 30. Maddesindeki hükümler saklı kalmak kaydı ile cayma hakkının kullanılması yan sözleşmeleri de sona erdirir. 14. Maddede "Bu durumda tüketici, 13. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen haller dışında herhangi bir masraf, tazminat veya cezai şart ödemekle yükümlü değildir" şeklinde 13. Maddeye atıf yapılmaktadır. 13. Maddenin 2. Fıkrası ile tüketiciye herhangi bir ödeme zorunluluğu getirilmemişken yapılan atıf mantıklı değildir. Bunu hükmü şu şekilde anlamak gerekir: 13. Maddenin mefhumu muhalifi nedeniyle tüketicinin sorumlu olması gereken bir durum varsa bunlar saklı kaymak koşulu ile tüketici yan sözleşmenin sona ermesi yüzünden herhangi bir masraf, tazminat veya cezai şart ödemez. Yan sözleşmenin ne olduğu Yönetmeliğin 4. Maddesinin 1. Fıkrasının ı bendinde söylenmiştir. Buna göre yan sözleşme "Bir mesafeli sözleşme ile ilişkili olarak satıcı, sağlayıcı ya da üçüncü bir kişi tarafından sözleşme konusu

15 Eğer cayma hakkı, sözleşmeden dönme hakkı olarak görülürse burada satıcı/sağlayıcının tazminat istemi haksız fiile dayandırılabilecektir.

16 Tüketici açısından bir sorumsuzluk hali söz konusu olmasına rağmen bu düzenlemeye, madde başlığı "Tüketicinin yükümlülükleri" olan 13. Maddede yer verilmesi metodolojik açıdan hatalıdır. Burada gerçekten madde başlığına uygun bir sorumluluk halinin bulunması 2. Fıkranın mefhumu muhalifi ile mümkündür.

mal ya da hizmete ilave olarak tüketiciye sağlanan mal veya hizmete ilişkin sözleşmeyi ifade eder". Bu durumda yan sözleşme ana malı ya da hizmeti sağlamakla yükümlü satıcı ya da sağlayıcı ile yapılabileceği gibi bir üçüncü kişi ile de yapılabilecektir. Burada iki farklı sözleşme söz konusudur. Hangi sözleşmenin asıl sözleşme olduğunu belirlemek bu hüküm kapsamından faydalanabilmek açısından önemlidir. Nitekim yan sözleşmeden cayılması asıl sözleşmenin sona ermesi anlamına gelmeyecekken asıl sözleşmeden cayılması yan sözleşmelerin de sona ermesi anlamına gelecektir. Bu hükmü ve sonuçlarını bir örnek üzerinden açıklamak daha açıklayıcı olur. Örneğin, A internet üzerinden bir telefon alır. Aynı zamanda A, yeni bir telefon sahibi olacağına güvenerek başka bir siteden de telefon kılıfı sipariş eder. A'nın süresi içerisinde cayma hakkını kullanması, telefon kılıfı satışına ilişkin ikinci sözleşmeyi de sonlandıracaktır. Ancak verilen kurguda A, telefon kılıfı satışı sözleşmesinden caysaydı bu, telefon satışına ilişkin sözleşmeyi etkilemeyecekti. Yan sözleşmenin üçüncü kişi ile yapılması durumunda 14. Maddenin 2. Fıkrası gereği satıcı ya da sağlayıcı, durumu derhal üçüncü kişiye bildirir. Kanımca, burada satıcı/sağlayıcıya böyle bir yükümlülük verilmesi doğru değildir. Nitekim satıcı/sağlayıcı, tüketicinin yaptığı yan sözleşmeyi biliyorsa kendisine böyle bir sorumluluk atfedilmeli, bunun haricinde yan sözleşmenin de sona erdiğini tüketici bizzat üçüncü kişiye bildirmelidir.

b. Tüketicinin Borçları:

aa. Cayma hakkının kullanılması halinde iade borcu: Cayma hakkını kullanan tüketici malı iade etmekle yükümlüdür. Burada iade masraflarına satıcı katlanacaktır (Bkz. Tüketicinin borçları – cayma hakkının kullanımı halinde yükümlülüğü). Yönetmeliğin 13. Maddesinin 1. Fıkrası şöyledir: "Satıcı veya sağlayıcı malı kendisinin geri alacağına dair bir teklifte bulunmadıkça, tüketici cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirimi yönelttiği tarihten itibaren on gün içinde malı satıcı veya sağlayıcıya ya da yetkilendirmiş olduğu kişiye geri göndermek zorundadır". Burada cayma hakkının kullanılması sonucunda ortaya çıkan bir sorun vardır: bir hizmet sağlama borcu varsa (yani sağlayıcı söz konusu ise) ve cayma hakkı kullanılırsa iade borcu söz konusu olacak mıdır? Olacaksa kapsamı ne olacaktır? Satıcı ve sağlayıcı bu maddede de (Yönetmeliğin birçok maddesinde olduğu gibi) birlikte ele alınmaktadır. Ancak maddede belirtildiği gibi sağlayıcı hiçbir zaman malı kendisinin geri alacağına dair bir teklifte bulunamayacaktır. Çünkü onun borcu TKHK kapsamında bir hizmet vermektir ve hizmet yine aynı mevzuat çerçevesinde "mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işlemi" olacaktır. Bu nedenle Yönetmelikteki hükümler bu fark gözetilmeden özensizce kaleme alınmıştır. Burada bir

malın iadesi söz konusu ise artık sağlayıcı herhangi bir role sahip olamayacaktır. Satıcı, malı kendisinin alması konusunda herhangi bir teklifte bulunmamışsa tüketici, cayma hakkını yönelttiği tarihten itibaren 10 gün içinde malı satıcıya ya da onun yetkilendirdiği kişiye gönderecektir. Sağlayıcı yanlış bir şekilde bu maddede ele alındığı için "mal sağlama dışındaki" hizmetler açısından iadenin nasıl yapılacağına maddede bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda ne olacağı cayma hakkının hukuki niteliğine dair kabul edilecek görüş paralelinde değişecektir. Daha önce cayma hakkının, bize göre, özel bir sözleşmeden dönme hali olduğunu belirtmiştik. Bu durumda sözleşmeden dönmeye dair doktrini incelemek gerekir. Sözleşmeden dönme hakkı kanunda belli durumlarda tanınmış istisnai bir haktır[17]. Sözleşmeden dönme halinde iade kapsamının ne olacağı konusunda da görüş birliği sağlanamamıştır[18]. Kanımca, burada sözleşmeden dönmenin genel mantığından yola çıkmak gerekir. Eğer sözleşme hiçbir zaman hukuk düzeninde var olmamış gibi eski hal ve koşulları sağlayamıyorsak TKHK kapsamında da cayma hakkı verilmesi doğru olmayacaktır. Bunun yerine ayıplı hizmet nedeniyle sağlayıcının sorumluluğuna gidilmelidir. Örneğin tüketici hizmet sözleşmesini yaptıktan 5 Gün sonra hizmeti alır ancak 14 gün henüz dolmadığı için cayma hakkını kullanırsa ne olacaktır? Yönetmeliğin 15. Maddesinde cayma hakkının kullanılamayacağı hallerden bir tanesi de h bendinde sayılmıştır. Buna göre: "Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler" de cayma hakkı kullanılamayacaktır. Bentteki "tüketicinin onayı" kanımca kafa karıştırıcıdır. Sağlayıcının öneri ve tüketicinin "onayı" ile sanki vadesinden önce ifanın olduğu hallerde uygulanabilir gibi gözüken bu maddede kast edilen tam olarak da yukarıdaki örnekteki hallerde uygulanması gereken çözümdür. Yani hizmet, cayma süresi bitmeden verilmişse ve tüketici de artık bu hizmeti almışsa ("onaylamışsa") 15. Maddenin h bendi uyarınca cayma hakkını kullanamayacaktır. Belirtildiği gibi alınan hizmette TKHK' daki "ayıplı hizmet" düzenlemesindeki ayıplardan biri söz konusu ise artık tüketicinin bu hükümlere başvurması gerekir.

3) Aracının borçları:

Kanunda ve Yönetmelikte tekrarlanan haliyle aracının borçlarına sadece bir fıkrada yer verilmiştir. Bu düzenleme şöyledir:

---

17 Sözleşmelerde "pactasuntservanda" ilkesi gereği sözleşmeler ayakta tutulmaya çalışılır. Bu nedenle sözleşmeden dönme istisnai bir haldir ve bunun kanunen taraflardan birine tanınması gerekir.

18 **Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 12. Bası, İstanbul, 2014, s. 528 vd.

"Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu Yönetmelikte yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları üç yıl boyunca tutmak ve istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür. Ancak bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur". Buna göre aracı, oluşturduğu sistem çerçevesinde uzaktan iletişim aracını kullanan ya da kullandıran ve böylece satıcı ya da sağlayıcı adına sözleşmeyi kurmaya vasıta olan kişidir. Bu kişi yapılan işleme dair kayıtları 3 yıl saklamak ve fıkrada belirtilen taraflardan birince talep edilmesi halinde bunları vermekle yükümlüdür. Aracıların sorumluluğunun ise Fıkranın son cümlesi ile sadece satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırılıklardan doğacaktır. Yani aracı hiçbir zaman tüketicinin muhatabı olmayacak ve tüketici doğrudan satıcı ya da sağlayıcıya başvuracak, eğer satıcı veya sağlayıcı aracı ile arasındaki sözleşme nedeniyle tüketici ile karşı karşıya gelmişse aracı ile arasındaki sözleşmeye dayanarak onun sorumluluğunu ileri sürebilecektir.

VI. SONA ERMESİ

Bir borcun söz konusu olması nedeniyle Borçlar Genel Hükümleri kapsamındaki borcun sona erme durumları burada da söz konusu olabilecektir. Bu kapsamdaki sona erme halleri; ibra, yenileme, birleşme, ifa imkânsızlığı, takas ve zamanaşımıdır.

Bunların dışında borcun sona ermesi tabi ki ifanın gerçekleşmesi ile mümkün olacaktır. Taraflar edimlerini borca uygun ifa ederse artık bir borç söz konusu olmayacaktır.

Mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak Yönetmelikte ve Kanunun ilgili maddesinde belirtilmiş iki sona erme hali söz konusudur. Bunlardan ilki tüketicinin hakları başlığı altında incelenmiş olan cayma hakkının kullanılması ile olur. İkincisi ise taahhüt edilen ya da sözleşmede taraflarca belirlenen sürede edimin satıcı[19]/sağlayıcı tarafından yerine getirilmemesi halinde tüketiciye tanınmış olan sözleşmeden dönme hakkıdır. Son olarak şunu da tekrar hatırlatalım ki cayma hakkı konusunda bilgilendirilmeyen tüketici açısından kanun cayma hakkının kullanılmasını olağan cayma hakkı süresi olan 14 günün bitiminden itibaren 1 yıllık süreye tabi tutmuştur.

19 Mal sağlamaya ilişkin sözleşmelerde bu süre 30 günü geçemez (Yönetmelik m. 16/1).

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA HAKSIZ REKABET AÇISINDAN ALDATICI REKLAMLAR

Ertuna KARA

Rekabet kavramı özellikle gelişen piyasa ekonomisi çerçevesinde değer kazanmış bir olgu olup özünde eşit koşullar altında bir yarışı ifade etmektedir. Sözlük anlamıyla bu kavram*"Aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış"*şeklinde tanımlanmış bulunmaktadır. Ancak bunu terim anlamına indirgediğimizde ise Rekabetin hukuk zaviyesinden tanımı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Tanımlar başlıklı 3. maddesinde *"Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış"*şeklinde yapılmıştır. Bu tanım kapsamında yer verilen "yarış" ibaresine ilişkin koşulların neler olacağı ve hangi koşullar altında belirlenmiş bulunan bu rekabet kurallarının ihlal edileceği hususu yasama organı tarafından çıkarılan kanunlar, bakanlar kurulu tarafından düzenlenen KHK'lar,tüzükler veya kanunun yetki vermiş olduğu kamu tüzel kişiler tarafından yürürlüğe konan yönetmelikler tarafından belirlenmektedir.

Yukarıda da tanımlanan rekabet kavramının özünü oluşturan "yarış"kelimesinin ihlali durumunda ortaya hem genel anlamda kamu düzenini, hem de buna bağlı olarak ticari ilişkileri zedeleyici bir durum olan haksız rekabet kavramı çıkmaktadır. Haksız rekabet genel anlamda hem 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu[1] hem de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda[2] düzenlenmiş bir kurumdur. TBK m. 57'ye göre, gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilmektedir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere bu şekilde TBK m. 57'nin tatbik edilebilmesi için somut olarak bir zararın varlığı(müşterilerin azalması) veya bu zarara ilişkin bir tehlikenin varlığı gerekmektedir. Bu noktada yeri gelmişken TTK'daki haksız rekabet kurumuna ilişkin hükümlerin, bu kanun kapsamında değil de İsviçre'de olduğu gibi özel bir kanunda düzenlenmesi ve TBK'daki haksız rekabeti düzenleyen 57. madde hükmünün de kaldırılmasına ilişkin eleştirinin de doktrinde mevcut

1 Sonraki bahislerde TBK olarak anılacaktır.

2 Sonraki bahislerde TTK olarak anılacaktır.

olduğunu belirtmek istiyoruz.[3]

TBK'da yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemeden ve buna yönelik eleştiriden bahsettikten sonra şimdi de TTK'da yer alan haksız rekabet hükmünü ele almak istiyoruz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, rekabetin korunması anlamında 54. maddenin 1. fıkrası bünyesinde, *"Bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması"* şeklinde bir amaç edinmiş ve 2. fıkra kapsamıyla ise belirlenen bu amacın*"Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı"*olması durumunda ihlal edileceği ve haksız rekabetin ortaya çıkacağını düzenlemiş bulunmaktadır.

Eski kanun hükmüne baktığımızda ise sayılı mülga TTK'nın haksız rekabete karşılık gelen 56. maddesi kapsamında bu kurum "Aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimali "şeklinde tanımlanmıştır.Eski ve yeni kanun hükümlerinin lafzını incelediğimizde, dürüst ve bozulmamış rekabet kavramları İsviçre öğretisinde savunulan bir görüş uyarınca - rekabetin niteliğini, başka bir deyişle "kalitesini" belirtmektedir. Eski kanun kapsamında sözü edilen "iktisadi rekabet" kavramı hukukî olmadığı gibi, anlam ve içeriği de belirsiz bir kavramdır. Karşıt kavramı olan "iktisadî olmayan (gayrî iktisadî) rekabet" ile anlamlandırılmak yoluna gidince de kavramı yorumlamak iyice zorlaşmaktadır. Ayrıca, iktisadî rekabet "rakipler arası rekabeti" akla getirir. Yeni kanun hükmü dürüst ve bozulmamış rekabet kavramı ile hukuken tanımlanabilir bir rekabeti vurgulamaktadır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da "bozulmamış", "engellenmemiş", "kısıtlanmamış" rekabeti esas almakta ve engellenmiş, bozulmuş, kısıtlanmış rekabete sonuçlar bağlamaktadır. Tüm bu kavramlar hukukîdir.[4]

Rekabet ve haksız rekabete ilişkin genel açıklamalardan sonra asıl konumuz olan haksız rekabet kurumu zaviyesinden aldatıcı reklamlar kavramını incelemek,bu kurumu AB yönergeleri,kanuni düzenlemeler ve özellikle Yargıtay içtihatları ışığında ele almak istiyoruz.

3 Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü Yayınları,20. baskı, Ankara 2015, s.319-320.

4 Türk Ticaret Kanunu Hükümet Gerekçesi, http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf,Erişim tarihi: 27.01.2016.

Öncelikle geniş boyutlu bir kavramolan reklamın genel hatlarıyla tanımını yapmak istiyoruz.2009 tarih ve 27331 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Reklam Yönetmeliği kapsamında reklam ,*"Bir ürünün, hizmetin, faaliyetin, kurumsal kimliğin sesli, görüntülü veya yazılı olarak tanıtımı"*şeklinde tanımlanmıştır. Bunların yanı sıra bir meslek birliği olan İstanbul Ticaret Odası'nın dürüst reklamcılıkla ilgili meslekî kararında da, reklamın, *"bir ürün; marka, kurum, hizmet, görüş ya da bir fikrin kitlelere iletilmesi amacıyla, bir bedel karşılığında, reklam verenin kimliğinin belirtilerek, değişik mecralarda yayınlanan mesaj olduğu"* belirtilmiştir.[5]

Reklam yukarıda da belirtildiği üzere özünde bir tanıtım faaliyetidir. Ancak bu tanıtım faaliyetinin hem özel anlamdaki bir süje olan tüketicilerin bilinçlerini hem de rekabet içerisinde olunan rakip firmaların ürün,-hizmet veyahut faaliyetlerini yanıltmaması için bazı koruyucu hükümlerinin mevcudiyeti şarttır. Bu noktada aldatıcı veyahut yanıltıcı reklamlar adı altında ulusal ve uluslararası mevzuatlarda kendisine yer bulan bir mekanizma ortaya çıkmaktadır.Kanun koyucu bu enstrümanla birlikte reklamın tanıtma faaliyetinin ötesine geçmesi durumunda,yani onun tüketicileri veyahut rakip firmaları aldatan bir strateji izlemesi durumunda, mağdur konumunda olan kimselerin hangi hukuki himaye imkanlarından yararlanacaklarını düzenlemiş bulunmaktadır.

Peki aldatıcı reklam kavramından ne anlamamız gerekir? Bu noktada öncelikle aldatıcı reklam tanımının hem ulusal hem de uluslararası mevzuattaki tanımına bakmak gerekir. Bu tarz reklamlar noktasında TTK m. 55 bünyesinde,bu tür girişimlerin başlıca haksız rekabet ihlallerinden biri olacağı düzenlenmiş bulunup bu noktada,eğer ki m.55.1.a.2'de bulunan*"Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek"*fiilinin gerçekleşmesi durumunda, TTK m.54'te sayılan ve genel anlamda haksız rekabet hükmünü ihtiva eden koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın o eylem veya ticari uygulamanın haksız rekabet teşkil edeceğini söylenebilecektir.Bu noktada TTK m.55 hükmü bir bakıma özel bir haksız rekabet halini tanımlamaktadır, denilebilir.

---

5 İstanbul Ticaret Odası'nın Dürüst Reklamcılık Konusunda Riayeti Mecburi Mesleki Kararı. m.5/a'dan aktaran, Hayrunnisa Özdemir, "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,Ankara 2004,C.53,Sa.3, s.66.

İkinci olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Ticari Reklam başlıklı 61.maddesinin 3. fıkrası kapsamında, *"Tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici ticari reklamın yapılamayacağı"* şeklinde yer verilen düzenleme kapsamında, ticari reklamın hedef kitlesi konumunda olan müşteri kimliğindeki tüketicilerin bu kanun kapsamında aldatıcı reklamlara karşı korunmaları amaçlanmıştır.

TTK m.55 kapsamında ele alınan dürüstlük kuralına aykırı reklamlar kavramının bir diğer düzenlendiği kaynak ise, *Üye Ülkelerin Yanıltıcı Reklamlar Hakkındaki Yasa, Düzenleme ve idari Hükümlerinin Birbirine Uyumlu Hale Getirilmesine Dair* 10 Eylül 1984 tarihli Avrupa Konseyi Yönergesi'dir. Bu yönergenin 2.maddesi kapsamında yanıltıcı reklamın tanımını yer verilmiş ve bu kavram *"hitap ettiği ya da ulaştığı kimseleri sunuluş biçimiyle ya da başka şekilde yanıltan ya da yanıltabilecek olan ve yanıltıcı niteliği nedeniyle söz konusu kimselerin fiillerini etkileyebilecek olan yahut rakip firmalara zarar veren veya verebilecek olan herhangi bir reklam"*olarak tanımlanmıştır.

Ayrıca TTK m.55.1.a.3'te belirtilen hüküm de yukarıda şekilde incelenen *"yanlış ve yanıltıcı beyan"*şeklindeki haksız rekabet eylemlerinin daha özel bir halini oluşturmaktadır. Paye, nişan, ödül, şahadetname ve bonservis benzeri bir takım istisnai yetenek belirten nitelikleri olmadığı halde,varmış sanısını uyandırmak ve buna elverişli adlar kullanmak; Örnek vermek gerekirse Paris moda fuarına katılıp ödül almadığı halde,katılmış ve ödül almış gibi unvanlar, payeler kullanmak eylemi bu tür bir haksız rekabet örneği teşkil etmektedir.[6]

Aldatıcı reklam kavramının çeşitli kaynaklarda yapılan tanımlarından bahsettikten sonra uygulamada bu tanımların içinin nasıl doldurulduğunun ve Yargıtay'ın haksız rekabet açısından aldatıcı reklamlar konusuna nasıl baktığının ortaya konmasının da son derece önemli olduğuna inanıyoruz.

Örneğin, Yargıtay boyacılık sektörüyle ilgili vermiş olduğu haksız rekabete ilişkin onama kararında ilk derece mahkemesinin, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalının boya sektöründe satış, dönem karı, işçi kapasitesi, ihracat gibi alanlarda rakip firmalardan üst seviyede olduğu, *dava konusu reklamda kullanılan ibarede* ***yan-***

6 İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, Seçkin Yayınları,2.baskı, Ankara2013,s.176

lış veya yanıltıcı bir nitelik bulunmadığını *belirtmiş ve bu reklamın ortalama tüketiciyi aldatacak ve onun satın alma kararı konusunda yanlış yönlendirecek nitelikte olmadığı sonucuna ulaşarak*, davalının reklamlarının haksız rekabet teşkil etmediğine ilişkin gerekçesini haklı bulmuştur. (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi,2014/10365E.,2015/6934 K.)

Bir başka ilginç kararında Yüksek Mahkeme,Türk hukuk sisteminde hukuki konular itibariyle danışmanlık şirketlerinin kurulmasına olanak bulunmadığını, bu kapsamdaki işlerin avukatlara özgülendiğini, davalı şirkete ait internet sitesinde süreç tamamlandığında ne kadar ücret ödeneceği veya tazminattan bu ücretin mahsup edilip edilmeyeceğinin belirsiz ve 3. kişileri ***yanıltıcı nitelikte olduğunu***, Avukatlık Kanunu 35. madde kapsamında kalan bir kısım hizmetlerin de 3.kişilere ücretsiz olarak sunulmasının vaat edildiğini, bu vaatlerin ve tanıtımların reklam yasağı kapsamında kaldığı gerekçesi ile davanın kabulü ile www.liderhasar.com.tr sitesi üzerinden yaptığı yayın itibariyle davalı şirketin her türlü sigorta kapsamında kalan kazalarda vatandaşlara kaza nedeniyle doğan tazminatı tahsil etmeyi ve bu iş sonuçlanıncaya kadar hiçbir ücret almamayı taahhüt etmek suretiyle yürüttüğü faaliyet bakımından internet sitesinin "hizmetlerimiz" başlığı altındaki yayınlarının haksız rekabet niteliğinde olduğunun tespitine, davalı şirketin internet sitesinden bu ibareleri çıkartması, yayınlarını düzeltmesi suretiyle haksız rekabetin önlenmesine ve hükmün ilanına, karar verilmiştir. (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2015/219 E.,2015/4572 K.)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2007 yılında verdiği bir kararında haksız rekabet açısından aldatıcı reklamlar konusunu şu şekilde belirtmiş bulunmaktadır;

"Dava, davalı tarafın reklamlarında kullandığı "Kokusuz Gaz; Kokulu Otogaz Kalitesizdir, Kokulu ve Kalitesiz Oto gazlarla, Bir Milli Servet Olan Otomobillerinizin Ömrünü Kısaltmayın" ifadelerin haksız rekabet teşkil ettiği iddiasına dayalı olarak açılmıştır.27.11.1973 tarih ve 14752 sayılı Resmi Gazete' de yayınlanan Parlayıcı, Patlayıcı, Tehlikeli ve Zararlı Maddelerle Çalışan İşyerlerinde ve İşlerde Alınacak Tedbirler Hakkında Tüzük'ün 129.maddesinde, "Kokusu bulunmayan LPG'nin etil mekaptan, pentil merkaptan ve tiyofen gibi zararsız maddesi katılarak, kaçak halinde tanınması sağlanacaktır." hükmüne yer verilmiştir. Türk Standartları Enstitüsü tarafından düzenlenen 1991 tarih ve TS 2178 sayılı "Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG)'na ilişkin 3.3.maddesi ile "Sıvılaştırılmış petrol gazları renksiz ve kokusuz olup, sızıntı veya kaçak halinde çevre emniyetine ve insan sağlığına zararlı

olabilir. Sıvılaştırılmış petrol gazlarının ortam içerisinde sağlığa zararlı ve patlayıcı karışım meydana getirmeden fark edilmeleri için, içerisine koku verici maddeler karıştırılmalıdır." hükmü getirilmiştir. Görüldüğü üzere, tüm otogazların kokulandırılması zorunludur. Tüm LPG satıcılarının da Yönetmelik ve TSE kurallarına riayet etmesi gerekmektedir. Sattığı otogazın standartlara uygun olduğunu belirten davalı tarafın ürünleri de kokulu olmak durumundadır. Davalı tarafın kullandığı reklam metninde "TSE kurallarına uygun şekilde kokusu bulunduğu" yada "bu kurallarda belirtilen koku dışında koku bulunmadığı" şeklinde bir ibare bulunmamakta olup, kullanılan reklam metninde "davalı tarafın ürününün hiç kokusu bulunmadığı" kastedildiği anlaşılmaktadır. TTK'nın 57/3.maddesi gereğince, kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veyahut; üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek eylemi" hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareket olup, davalı tarafın reklam metninde kullandığı ifadelerin haksız rekabet teşkil edeceği gözetilerek, davacı taleplerinin buna göre değerlendirilmesi gerekirken, işbu dava ile benzerlik göstermeyen bir başka dosyada verilen kararın esas alınmak suretiyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken,önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır." (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu,2007/11-839 E.,2007/825 K.)

Aldatıcı Reklamlar Kapsamındaki Haksız Rekabete İlişkin Hukuki ve Cezai Koruma

Bu konuya ilişkin hukuki ve cezai koruma kavramı Türk Ticaret Kanunu'nun 56. vd. maddeleri kapsamında düzenlenmiş bulunmaktadır.Bu

madde kapsamında bir rekabet fiilinin haksız olduğunu ve buna ilişkin 56. maddesinin 1. fıkrasındaki koruma kalemlerini[7] talep edebilen kişiler;

i. Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimseler,

ii. Ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler,

iii. Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlardır.Ancak yukarıdaki ii numaralı başlık kapsamı altında belirtilen *müşteriler araçların ve malların imhasını isteyememektedirler*. Ayrıca iii numaralı başlıktaki kuruluş ve örgütler de maddi ve manevi tazminat isteminde bulunamamaktadırlar.

Ayrıca bu noktada bir kimsenin aleyhine olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 56. maddesinin 1. fıkrasının (b),(c) bentlerince verilmiş olan hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunmaktadır. Fakat bu malları kendi kişisel gereksinimi için elinde bulunduranlara söz konusu kural uygulanmamaktadır.[8]

Haksız Rekabete ilişkin olarak hukuki koruma başlığı altında incelenmesi gereken diğer bir nokta da çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin TTK 57. madde hükmüdür. Bu hükme göre haksız rekabet fiili, hizmetlerini veya işlerini gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmiş olursa, 56. maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, *çalıştıranlara karşı da* açılabilir. Çalıştıranlara karşı açılacak

7 a) Fiilin haksız olup olmadığının tespitini,

b) Haksız rekabetin men'ini,

c) Haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını,

d) Kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini,

e) Türk Borçlar Kanununun 58. maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini, isteyebilir. Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.

8 Gönen Eriş, *Ticari İşletme ve Şirketler*, Cilt II,Seçkin Yayınları, Ankara 2013,s.1577.

olan maddi ve manevi tazminat istemleri için TBK'ya atıf yapılmıştır. Bu çerçevede Türk Borçlar Kanunu'nun *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu* başlıklı 66. maddesinde belirtildiği üzere adam çalıştıran, işin görülmesi sırasında çalışanlarının başkasına verdiği zararları gidermekle yükümlü olacaktır. Ancak TBK'nın 66. maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki kurtuluş beyyinelerinden yararlanarak adam çalıştıran sorumlu olmaktan kurtulabilecektir

Basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu noktasında ise bu gibi kuruluşlar ancak;

a) Yazılı basında yayımlanan şey, program, içerik, görüntü, ses veya ileti, bunların sahiplerinin veya ilan verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanmışsa,

b) Yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılırsa,

c) Başka sebepler dolayısıyla yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, sesin, iletinin sahibinin veya ilan verenin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa, sorumlu tutulabilmekte ve dava,*yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine* açılabilmektedir.

Yargıtay'ın 2007 yılında bu konuyla ilgili *"Haksız Rekabet fiilinin basın yoluyla işlenmesi halinde yazı sahibi ya da TTK m.60\1 koşullarının oluşması halinde, TTK m.60\2 uyarınca, yazı işleri müdürü, ilan servis şefi, neşir ve matbaacı aleyhine de dava açılabilir."* şeklinde bir kararı da mevcuttur.[9]

TTK'nın 58. maddesinin 2. fıkrasında dabirinci fıkrada öngörülen hâller dışında, aynı fıkrada sayılan kişilerden birinin kusuru hâlinde sıraya bakılmaksızın dava açılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu anlamda eğer ki yukarıda sayılan kişilerin kusurlu bir eylemi söz konusuysa bu davalar sıra gözetilmeksizin açılabilecektir.

TTK m. 58'de ayrıca bu madde kapsamında açılacak olan 56. maddenin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentlerinde yazılı davalarda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağı belirtilmiştir.

---

9 Yargıtay 11.Hukuk Dairesi,08.02.2007 tarih ve E.14414\K.1558 sayılı kararından aktaran,Gönen Eriş, *Ticari İşletme ve Şirketler*, Cilt II, Seçkin Yayınları,Ankara 2013,s.1621.

Bu madde hükmüyle ilgili son olarak belirtilmesi gereken nokta ise TTK m.58'deki *"Haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, bu maddenin birinci fıkrasındaki davalar hizmet sağlayıcısı aleyhine açılamaz; tedbir kararı verilemez. Mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir."* hükmüdür.

Mahkeme ayrıca davayı kazanan tarafın istemi üzerine, masrafı haksız çıkan taraftan alınmak üzere, hükmün kesinleşmesinden sonra ilan edilmesine de karar verebilmektedir. İlanın şeklini ve kapsamının nasıl olacağı hususu ise mahkeme tarafından belirlenir.

TTK m.56'daki davalar, *davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına* uğramaktadır. Şu kadar ki, haksız rekabet fiili aynı zamanda Türk Ceza Kanunu gereğince daha uzun dava zamanaşımı süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde ise, bu süre hukuk davaları için de geçerli olmaktadır. Ancak haksız rekabet devam etmekte iken, bunun önlenmesini hedef tutan davada zamanaşımının işlemesi söz konusu olmamaktadır.[10]

İhtiyati tedbirler anlamında TTK'nın 61. maddesinin 1. fıkrası *"Dava açma hakkını haiz bulunan kimsenin talebi üzerine mahkeme, mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, 56. maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde öngörüldüğü gibi haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin önlenmesine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve diğer tedbirlere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre karar verebilir."* şeklinde bir hüküm içermektedir. Ayrıca hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması hâlinde cezayı gerektiren haksız rekabet konusu mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilmektedir. El koyma ile ilgili uygulama yine aynı şekilde bu konudaki mevzuata tabidir. Gümrük idarelerindeki tedbir veya el koyma kararının tebliğinden itibaren on gün içinde, esas hakkında ilgili mahkemede dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa idarenin el koyma kararı ortadan kalmaktadır.

---

10 Yargıtay Ticaret Dairesi, 28.05.1964 tarih ve E.5640\K.1938 sayılı kararından aktaran,- Gönen Eriş, *Ticari İşletme ve Şirketler*, Cilt II,Seçkin Yayınları,Ankara2013,s.1628.

Haksız rekabete ilişkin cezai koruma noktasında ise, bilindiği üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışında başka türden özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlarda bulunmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun bazı hükümleri bu anlamda TTK'yı ceza içeren bir kanun yapmaktadır. Bu hükümlerden birisi olan *62. maddede* haksız rekabete ilişkin cezai sorumluluk noktasındaki yaptırımları içermektedir. Bu hükme göre;

a) 55. maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler,

b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerininkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler,

c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştıranın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar,

d) Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56. madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla *iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla* cezalandırılmaktadırlar. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu anlamında ise 62. madde de yer alan bu hüküm, tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları hakkında uygulanır. Haksız rekabet fiilinin bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de karar verilebilmektedir.

Kaynakça

1- Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü Yayınları, 20.baskı, Ankara 2015.

2- Hayrunnisa Özdemir, "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2004,C.53,Sa.3.

3- İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, Seçkin Yayınları,2.baskı, İstanbul.

4- Gönen Eriş, *Ticari İşletme ve Şirketler*, Cilt II, Seçkin Yayınları, İstanbul .

İnternet Kaynakları

1- emsal.yargitay.gov.tr

2- www.kazanci.com

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN YETKİ DEVRİ VE BU KAPSAMDAKİ SORUMLULUK

Av. Mehmet Selim ÖNENGÜT

I. GİRİŞ

Anonim şirketlerde Yönetim Kurulu üyelerinin görev ve yetkileri, buna bağlı olarak da sorumlulukları, genel hatlarıyla Türk Ticaret Kanunu (TTK) 365-396. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna ilaveten, Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili diğer düzenlemeler de bulunmaktadır. "Kanuni Temsilcilerin Ödevi" başlıklı Vergi Usul Kanunu (VUK) m. 10, anonim şirketlerin vergi borçlarından dolayı Yönetim Kurulu'nun sorumluluğunu düzenler. 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un (AATUHK) mükerrer 35. maddesi ise, anonim şirketlerde vergi dışındaki diğer kamu borçları açısından Yönetim Kurulu'nun sorumluluğunu düzenler. Anonim şirketlerde prim borçlarına ilişkin olarak Yönetim Kurulu'nun sorumluluğu açısından ise, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası 88. maddesi uygulama alanı bulur.

II. YÖNETİMİN DEVRİ

Mevzuattaki düzenleme, tüzel kişiliği haiz olan anonim şirketlerde, şirketin fiil ehliyetinin yetkili organlar ve yönetim kurulu tarafından kullanılmasını öngörmektedir. Yönetimin devredilmediği durumlarda anonim şirketin yönetimi tüm Yönetim Kurulu üyelerine aittir (TTK m. 367/2). Dolayısıyla, yönetimin devredilemediği durumlarda "Kanuni Temsilci" sıfatı da Yönetim Kurulu üyelerine ait olacaktır.

TTK m. 367/1, Yönetim Kurulu'na, şirket esas sözleşmesinde yönetimin devrine izin veren bir düzenlemeye dayanarak "İç Yönerge" oluşturma ve bu çerçevede yönetimi kısmen veya tamamen, üyelerden bir veya birkaçına ya da üçüncü bir kişiye devretme imkânı vermiştir.

Burada önemle belirtilmesi gereken nokta, Yönetim Kurulu'nun devredebileceği görev ve yetkilerin, TTK'nın375.[1]maddesinde açıkça devre-

1 TTK m. 375 uyarınca, yönetim kurulunun devredemeyeceği ve vazgeçemeyeceği görev ve yetkileri şunlardır;

a) Şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi.

b) Şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi.

dilemeyeceği düzenlenmiş olan görev ve yetkiler ile Yönetim Kurulu'nun kendi görev ve yetkilerini kapsamayacağıdır. Örnek verilecek olursa, vergi ödevlerinin yerine getirilmesi görevi, devredilemez görev ve yetkiler arasında sayılmadığı için, anonim şirket yönetim kurulu vergi ödevlerini yerine getirme görevini üyelerden bir ya da birkaçına ya da üye olmayan kişilere devredebilecektir. Aynı durum sigorta prim borçlarının ödenmesi için de geçerli olacaktır.

III. SORUMLULUK

Anonim şirket Yönetim Kurulu üyeleri, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu olurlar. 6102 Sayılı TTK, belirtilen bu sorumluluğun temeline kusur sorumluluğu ilkesini yerleştirmiştir. Eski TTK incelendiğinde, Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluklarının müteselsil sorumluluk olarak düzenlendiği görülebilmektedir. 6102 Sayılı yeni TTK'da ise, bu sorumluluk farklılaştırılmış teselsül şeklinde düzenlenmiştir. Bir başka deyişle, birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları durumunda bunlardan her biri, kusurlarına ve durumun gereklerine göre, yani zararın kendilerine yükletilebildiği ölçüde, diğerleriyle birlikte müteselsil olarak sorumlu olurlar. Her bir kişinin sorumluluğunun belirlenmesinde hâkimin önemi büyüktür. Örneğin, bir Yönetim Kurulu üyesinin yetki ve sorumluluk alanında meydana gelen zararlar açısından, ilgili Yönetim Kurulu üyesi veyamüdür sorumluluk davasının muhatabı olabilecektir.

A) Yükümlülük

Yönetim Kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin şirketin zararında kusurlu olup olmadıklarında ölçü 369. maddede düzenlenen "Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü" ne uygun hareket edilip edilmemesine göre belirlenir. Bu maddeye göre, Yönetim Kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine

c) Muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması.

d) Müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları.

e) Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi.

f) Pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi.

g) Borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması.

getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.

Mesela VUK m. 10/2 düzenlemesinde 3505 Sayılı Kanun'un getirdiği değişiklik ile fıkrada yer alan "kasıt ve ihmalleriyle" ibaresinin fıkra metninden çıkarılması, değişiklikten sonra VUK m. 10 düzenlemesinin kanuni temsilciler açısından kusursuz sorumluluğa dayanıp dayanmadığı hususunda doktrin ve yargı uygulamasında farklı görüşlere yol açmıştır.[2] Her ne kadar durum böyle olsa da, doktrinde ağırlıklı olan görüş hala kusura dayalı sorumluluğun arandığı yönündedir.[3]

B) Sorumluluğun Türleri

VUK kapsamında doğan vergi borçları açısından kanuni temsilcilerin takibi için kusur bir şart olarak aranırken, 6183 Sayılı Kanun kapsamındaki kamu borçları için kanuni temsilcilerin takibinde kusursuz sorumluluk ilkesi benimsenmiştir. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un mükerrer 35. maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları ise VUK'un öngörmüş olduğu kusur şartı ile bağdaşmamaktadır. Zira mükerrer 35. maddenin beşinci fıkrası uyarınca kamu alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği tarihlerde "Kanuni Temsilci" sıfatını haiz kişilerin farklı kişiler olması halinde vergi borcunun ödenmemesinde herhangi bir kusuru olmayan Kanuni temsilcinin de sorumluluğunun gündeme gelmesi söz konusu olmaktadır ki; bu durum VUK'un öngördüğü kusurlu sorumluluk prensibi ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, her iki kanunun aynı maddi olaya uygulanabilmesi sonucu oluşan bu uyumsuzluk nedenine ilaveten iki ayrı düzenlemeden hangisinin esas alınacağı konusundaki belirsizliğin de etkisiyle ve her türlü yükümlülüğünü yerine getirdiği halde sırf bu sıfatı taşıması nedeniyle Kanuni temsilcinin sorumlu tutulmasının hukuk güvenliği ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un mükerrer 35. Maddesi'nin beşinci ve altıncı fıkralarını iptal etmiştir[4].

Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararı uyarınca, bir anonim şirketinin yönetim kurulu üyesi, şirketin kamu borçları ile ilgili olarak görev ve yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirdiği takdirde, görevde olmadığı bir dönemde ödenmeyen kamu borçlarından dolayı sorumluluğunun doğmayacağı düşünülmektedir.

---

2 Yaralı, Levent,***Kamu Borçlarından Sorumluluk***, s. 188, dpn. 753.

3 Yaralı, Levent, ***Anonim Şirketin Vergi Borçlarından Yönetim Kurulunun Sorumluluğu***, s. 21.

4 E.2014/144 – K.2015/29 sayılı ve 19.03.2015 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı

TTK m. 367 çerçevesinde yönetim görevlerinin usulüne uygun paylaşılması durumunda, sadece görev kendisine bırakılan kişinin sorumlu olması, tüm Yönetim Kurulu üyelerinin ve/veya müdürlerin müteselsil olarak sorumlu tutulacağı anlayışının terk edilmesidir. Yönetim görevlerinden bazılarının belirli bir kişiye bırakılması durumunda, artık bu kişi ilgili görevler açısından tek sorumlu olacaktır. TTK m. 553/2 uyarınca diğer üyelerin bu kişinin seçiminde makul bir derecede özen göstermiş olmaları, görev verilen kişinin fiil ve kararlarından sorumlu olmalarını engelleyecektir.

6335 Sayılı Kanun ile değiştirilen TTK madde 553'ün son hali[5], kusur sorumluluğu ve kurumsal yönetim prensibini güçlendirmiştir. TTK m. 553/3 şu şekildedir: "Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz."

Burada hatırlatılması gereken bir nokta, TTK m. 375'de Yönetim Kurulu'nun devredemeyeceği görev ve yetkiler açısından sorumluluk devrinin mümkün olamayacağıdır. Yani bu konulara ilişkin sorumluluğu Yönetim Kurulu üyeleri müteselsil sorumluluğu farklılaştıran teselsül olarak taşımaktadır. İç yönergenin düzenlemediği alanlarda, genel kural olarak, kusur sorumluluğu ve eksik teselsül ilkesinin göz önüne alınacağı da unutulmamalıdır.

IV. SONUÇ

Yönetim Kurulu, bir konu ile ilgili olarak herhangi bir Yönetim Kurulu üyesini veya ortağı sorumlu tutmadan dışarıdan bir kişiyi sorumlu kılmak istediği takdirde, o konu ile ilgili bir üçüncü kişiyi mesul müdür olarak atamalıdır. Örneğin iş kazası gibi konular söz konusu olduğunda, bu atamanın işveren vekili şeklinde yapılması gerekir. Bu gerekliliğin se-

5 MADDE 553- (1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.

(2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar

veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.

(3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu

tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz.

bebi, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 02.05.2002 tarih 2002/3094 E. ve 2002/3802 K. sayılı kararında da belirtildiği gibi, işveren vekilinin, yapılan işin denetimini ve yönetimini üstlenen kişi olması ve işveren vekilinin kusurundan ötürü asıl işveren sorumluluğuna gidilememesidir.

TTK ve sair mevzuat hükümleri uyarınca Yönetim Kurulu yetki ve görevlerini belirli çerçevelerde devretmek mümkündür. Herhangi bir şekilde oluşan bir zararda ya da kusur durumunda, Yönetim Kurulu üyesinin/üyelerinin kusuru bulunduğunu ispat etmek, kusurun varlığını iddia eden kişiye ait olacaktır[6].

Tek ve sınırsız yetkili bir Yönetim Kurulu üyesinin bütün sorumluluğunun devredilmesi ise daha önce belirtildiği gibi TTK m. 375 tarafından engellenecektir. Dolayısıyla, bu konuyla ilgili uygulanabilecek çözümlerden bir tanesinin yeni bir atama yoluyla Yönetim Kurulu yapısının düzenlenmesi ve İç Yönerge ile de yetkilerin çerçevelerinin belirlenmesi olacaktır.

Son olarak anonim şirketlerde yapılacak Yönetim Kurulu'na ait görev ve yetki dağılımının iç yönerge usulüne uygun olarak gerçekleştirilmesinin gerekliliği üzerinde durulmalıdır. Burada öncelikli nokta, atama kararının Yönetim Kurulu kararına dayanıyor olmasıdır. Sorumluluğun devriyle bağlantılı olarak, bu devrin geçerliliği için izlenmesi gereken adımlar şu sıradadır:

1) İç Yönerge uyarınca devredilecek görev ve yetkilerin sorumluluk alanıyla birlikte net bir şekilde tanımlanması,
2) Sorumluluk devri yapılan Yönetim Kurulu üyesi veya müdürün, sorumluluk alanı ile ilgili makul limitlerde harcama yetkisini haiz olması,
3) Sorumluluk devri yapılan şahsın hizmetinden dolayı belirli bir ücret alıyor olması,
4) İç Yönerge'nin Ticaret Sicil Müdürlüğü'ne tescil ettirilmesi.

Bu yöntem Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluklarının kanuna uygun bir şekilde devredilmesini sağlamakla birlikte kurumsal yönetim ilkelerini de güçlendirmektedir.

---

6 Yaralı, Levent,***Anonim Şirketin Vergi Borçlarından Yönetim Kurulunun Sorumluluğu***, s. 37.

ANONİM ŞİRKETLERDE TEMSİL YETKİSİ VE BU YETKİNİN DEVRİ[1]

Yavuz AKBULAK[2]

1. GİRİŞ

Anonim şirketlerin yönetim ve temsil[3] organı olan yönetim kurulu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun[4] (TTK) 359 ila 396. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TTK'nın *"Yönetim ve temsil"* başlıklı 365. maddesine göre, TTK'daki istisnai hükümler saklı olmak üzere, ***anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur.***

Anonim şirketlerde temsil yetkisi de TTK m370'de düzenlenmiştir. Buna göre, esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir.Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.

TTK m.370, yukarıda yer alan m.365'de yer alan anonim şirketin temsili yetkisinin, aksi şart edilmemişse, yani tek imza sistemi kabul olunmamışsa, çift imza ile ve yönetim kurulunca kullanılabileceğini öngörmektedir. Yönetim kurulu şirketi temsile, yetkili kişileri de belirler.

---

1 Bu yazıda yer alan görüşler yazarına ait olup çalıştığı kurumu bağlamaz, yazarın çalıştığı kurum veya göreviyle ilişki kurulmak suretiyle kullanılamaz. Yazıdaki tüm hata, noksanlık ve eksiklikler yazarına aittir.

2 SPK Başuzmanı

3 Yönetimin çeşitli tanımları yapılmış olup, bunlardan bazıları şöyledir:

- Yönetim, insanların işbirliğini sağlayarak, onları belirli bir amaca yöneltme işlerinin ve çabalarının toplamıdır.

- Yönetim, başkaları aracılığıyla amaçlara ulaşma veya başkalarına iş gördürme bilim ve sanatıdır.

- Yönetim, örgütün amaçlarına ulaşması için gerekli tüm faaliyetleri planlama, örgütleme, yöneltme, koordine ve kontrol etme sürecidir.

http://notoku.com/yonetim-kavrami/#ixzz3xyGoC7Ml (Son Erişim Tarihi: 22.01.2016)

İşletme yönetimi ise, belirli bir amaca ulaşmak için insanların faaliyetlerini planlamak, örgütlemek (organizasyon), düzenlemek (koordinasyon), yöneltmek ve denetlemek (kontrol), diye tanımlanır.http://web.bilecik.edu.tr/bulent-turan/files/2015/03/atasayar.pdf (Son Erişim Tarihi: 22.01.2016)

4 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Bu yazıda, anonim şirketler bakımından temsil yetkisi, temsil yetkisinin kapsamı ve sınırları, temsil yetkisinin devri ve yetki devrine dönük iç yönerge uygulaması üzerinde durulacaktır.

2. TEMSİL YETKİSİ VE BU YETKİNİN KAPSAMI VE SINIRLARI

2.1. Temsil Yetkisi

TTK'nın 370'inci maddesi gereğince, esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir.Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.

TTK'nın370'inci maddesi, anonim şirketin temsili yetkisinin, aksi şartedilmemişse, yani tek imza sistemi kabul olunmamışsa, çift imza ile ve yönetim kurulunca kullanılabileceğini öngörmektedir. TTK m.373/1 hükmünce yönetim kurulu şirketi temsile, yetkili kişileri de belirler.

Yukarıdaki hükümde, çift imzanın kime ait olacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla, temsil yetkisi yönetim kurulu başkanı ve başkanvekilinin imzası ile kullanılabileceği gibi, bunlardan birisi ile birlikte diğer bir yönetim kurulu üyesinin ya da başkan ve başkanvekili koşulu aranmaksızın herhangi iki yönetim kurulunun imzası ile de kullanılabilir.

Bununla birlikte, TTK, temsil yetkisinin esas sözleşme ile düzenlenebileceğini ve esas sözleşmede TTK m.370/1 dışında bir düzenlemeye yer verilebileceğini de öngörmüştür. Örneğin, yönetim kurulu birden fazla üyeden oluşsa da, şirket esas sözleşmesine konulacak bir hükümle temsil yetkisinin tek imza ile kullanılacağı hüküm altına alınabilir*(yani tek imza sistemi)*. Bu durumda, temsilde çift imza koşulu aranmaz ve esas sözleşmede yazılı hükme göre şirket tek imza ile temsil edilir.[5]

---

5 TTK m.1526/3-5 uyarınca, *"Ticaret şirketleri ile gerçek ve tüzel kişi diğer tacirlere ilişkin olarak, TTK'nın zorunlu tuttuğu* ***bütün işlemler elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile de yapılabilir****. Bu işlemlerin dayanağı olan belgeler de aynı usulle elektronik ortamda düzenlenebilir. Zaman unsurunun belirlenmesi gereken ve yönetmelikte düzenlenen hallerde güvenli elektronik imzaya eklenen zaman damgasının tarihi, diğer hallerde merkezi veri tabanı sistemindeki tarih esas alınır. Şirket adına imza yetkisini haiz kişiler şirket namına kendi adlarına üretilen güvenli elektronik imzayla imza atabilirler. Bu durumda, kullanılacak nitelikli elektronik sertifikalarda sertifika sahibi alanı içerisine, sertifika sahibinin ismiyle birlikte temsil ettiği tüzel kişinin de ismi yazılır. Bu husus tescil ve ilan edilir.Bu maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar 26'ncı maddede düzenlenen yönetmelikte gösterilir."* Maddede geçen yönetmelik, 27.01.2013 tarihli ve 28541 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Ticaret Sicili Yönetmeliği"dir.

TTK m.370/2'de yer alan *"Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır."* hükmü, TTK'nın 367'nci maddesi gereği devredilebilen yönetim hakkını temsil yetkisi ile tamamlamak amacıyla öngörülmüştür.

Dolayısıyla, yönetim kurulu, şirketi temsil etme noktasında, varsa bir ya da birden fazla murahhas azayı ya da şirket müdürünü görevlendirebilir. Ancak, yönetim kurulu üyesi olması şart olmayan şirket müdürünün (ya da genel müdür) temsil ile görevlendirilmesi durumunda, yönetim kurulu üyelerinden en az birisinin de müdür ile birlikte ilgili temsil yetkisi ile donatılmış olması gerekir.

2.2. Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları

TTK m.371 temsil yetkisinin kapsam ve sınırlarını belirlemektedir. Bu hükme göre, temsile yetkili olanlar şirketin amacına ve işletme konusuna giren her tür işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler.

Üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilmedikçe, temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir.

Temsil yetkisinin sınırlandırılması, iyiniyet sahibi üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez; ancak, temsil yetkisinin sadece merkezin veya bir şubenin işlerine özgülendiğine veya birlikte kullanılmasına ilişkin tescil ve ilan edilen sınırlamalar geçerlidir.

Temsile yetkili kişiler tarafından yapılan işlemin esas sözleşmeye veya genel kurul kararına aykırı olması, iyiniyet sahibi üçüncü kişilerin o işlemden dolayı şirkete başvurmalarına engel değildir.

Temsile veya yönetime yetkili olanların, görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden şirket sorumludur. Şirketin rücu hakkı saklıdır.

Sözleşmenin yapılması sırasında, şirket tek pay sahibi tarafından ister temsil edilsin ister edilmesin, tek pay sahipli anonim şirketlerde, bu pay sahibi ile şirket arasındaki sözleşmenin geçerli olması sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Bu şart piyasa şartlarına göre günlük, önemsiz ve sıradan işlemlere ilişkin sözleşmelerde uygulanmaz.

Yönetim kurulu, yukarıda belirtilen temsilciler dışında, temsile yetkili olmayan yönetim kurulu üyelerini veya şirkete hizmet akdi ile bağlı olanları sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcıları olarak atayabilir. Bu şekilde atanacak olanların görev ve yetkileri, TTK m.367'ye göre hazırlanacak ***iç yönergede*** açıkça belirlenir. Bu durumda iç yönergenin tescil ve ilanı zorunludur. İç yönerge ile ticari vekil ve diğer tacir yardımcıları atanamaz. Bu hüküm uyarınca yetkilendirilen ticari vekil veya diğer tacir yardımcıları da ticaret siciline tescil ve ilan edilir. Bu kişilerin, şirkete ve üçüncü kişilere verecekleri her tür zarardan dolayı yönetim kurulu müteselsilen sorumludur[6].

TTK m.371/1, anonim şirkette temsile yetkili olan kişilerin yapabilecekleri iş ve işlemlerin şirketin rücu edebilmesi ve edememesi yönünden sınırını göstermektedir. Artık şirketin hak ehliyetinin sınırını işletme konusu çizmemektedir. Şirketin hak ehliyetinin değil, imza yetkilisine rücu edeceği veya edemeyeceği sınırı, şirketin amacı ve işletme konusu belirler. Esas sözleşmenin konu hükmüne aykırı işlemlerle bu sınırın aşılması halinde şirketin rücu hakkı vardır. Başka bir deyişle, şirketin amacı ve işletme konusu dışında yapılan işlemler de, TTK m.371/2 uyarınca şirketi bağlar, üçüncü kişiye karşı şirket sorumludur; ancak, sınırı aşan temsil yetkisini haiz kişiye karşı şirket rücu talebinde bulunabilir.

TTK m.371/2 ise, işletme konusu dışındaki işlemlerin anonim şirketi bağlaması kuralının istisnasını düzenlemektedir. Anonim şirket, yapılan işlemin, işletme konusunun dışında bulunduğunu üçüncü kişinin bildiğini veya halin icabından bilebilecek durumda bulunduğunu ispat ederse işlem şirketi bağlamayacaktır. Ancak, şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı için tek başına yeterli görülmemiştir.

Diğer taraftan, TTK m.371'e 6552 sayılı Kanun ile yedinci fıkra eklenmiştir. Bu yeni hükme göre, anonim şirketler tarafından ticari vekillik görevi verilen kişilerin yürüttüğü işlemlerin yetki kapsamında olup olmadığının üçüncü kişilerce bilinmesi ve yetkisiz temsil nedeniyle yaşanan mağduriyetlerin önlenmesi amacıyla; temsile yetkili olmayan yönetim kurulu üyeleri ile şirkete istihdam ilişkisi ile bağlı olanlar, yetki ve sorumluluklarının, yaptıkları pozisyonlara ilişkin görev tanımlarının TTK m.367 uyarınca hazırlanacak iç yönergede açıkça belirtilmek şartıyla, ticaret siciline tescil ve ilan edilebilecektir.

---

6 Bu hüküm (yedinci fıkra) yeni olup, 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 131'inci maddesi ile eklenmiştir. 6552 sayılı Kanun, 11.09.2014 tarihli ve 29116 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Limited şirketler bakımından temsil konusu, TTK m.623'de yer almaktadır. Anılan maddeye göre, şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. En azından bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekir. Şirketin müdürlerinden biri bir tüzel kişi olduğu takdirde, bu kişi bu görevi tüzel kişi adına yerine getirecek bir gerçek kişiyi belirler. Müdürler, kanunla veya şirket sözleşmesi ile genel kurula bırakılmamış bulunan yönetime ilişkin tüm konularda karar almaya ve bu kararları yürütmeye yetkilidirler.

Temsil yetkisinin kapsam ve sınırları konusunda, anonim şirketlere benzer bir hüküm de limited şirketler bakımından TTK m.629'da yer almaktadır. TTK m.629'a göre, müdürlerin temsil yetkilerinin kapsamına, yetkinin sınırlandırılmasına, imzaya yetkili olanların belirlenmesine, imza şekli ile bunların tescil ve ilanına TTK'nın anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümleri kıyas yolu ile uygulanır. Şirket sözleşmesinin yapılması sırasında şirket tek ortak tarafından ister temsil edilsin ister edilmesin, tek ortaklı limited şirketlerde, bu ortak ile şirket arasında yapılan sözleşmenin geçerli olması, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Bu zorunluluk, piyasa şartlarına göre günlük, önemsiz ve sıradan işlemlere ilişkin sözleşmelere uygulanmaz.

Müdürler tarafından şirkete hizmet akdi ile bağlı olanların sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcıları olarak atanması hususunda TTK m.367 ile m.371/7 kıyasen limited şirketlere de uygulanır[7].

Yukarıda yer alan m.629/2, İsviçre hukukundan alınmış olup, tek kişiden oluşan limited şirketlerde bu tek ortağın müdür olması halinde, uygulanacak özel bir düzenleme getirmektedir. Hüküm şeffaflık ilkesi aracılığı ile temsilcinin kendisiyle sözleşme yapmasından doğabilecek sakıncaları, olabildiğince alt düzeye indirmek amacına yöneliktir. İstisnayı düzenleyen hüküm genişletilmemeli, özenle ve gerektiği takdirde uygulanmalıdır. İstisna ile piyasa şartlarının haklı gösterdiği sözleşmeler değil, piyasa ve günlük hayat deneyimlerine göre her gün yapılan, hükümleri belli, sıradan nitelik taşıyan, özellik göstermeyen, kayırıcılığa olanak bırakmayan, kimle yapılırsa yapılsın şartları farketmeyen, temsilcinin kendi kendisiyle yapması halinde şirketin ve üçüncü kişilerin zarara uğramayacağı sözleşmeler kastedilmiştir.

7 Bu hüküm (üçüncü fıkra) yeni olup, 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 132'nci maddesi ile eklenmiştir.

TTK m.629/3 yeni bir hüküm olup; bu hükümle, ticari vekil veya tacir yardımcılarının anonim şirkete vereceği zarardan şirket Yönetim Kurulu müteselsil sorumlu tutulmuş, bu düzenlemelerin limited şirketler için de uygulanabilmesi düzenlenmiştir.

3. TEMSİL YETKİSİNİN DEVRİ

Anonim şirketlerde temsil yetkisinin devri, TTK'nın 367'nci maddede düzenlenmiş bulunmaktadır. "Yönetimin devri" başlıklı bu madde uyarınca, yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında, yazılı olarak bilgilendirir. Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir.

Söz konusu hükümden yapılan çıkarımlar şunlardır:

- ❖ Şirket esas sözleşmesinde iç yönerge için hüküm olmalıdır.
- ❖ Yönetim kurulu bu hükme dayanarak iç yönerge hazırlamalıdır.
- ❖ İç yönergede şirketin yönetim şeması belirlenmeli ve tüm yöneticilerin görev tanımları yer almalıdır.
- ❖ Yönetimin devri bu iç yönergeye göre yapılmalıdır.
- ❖ İç yönerge hakkında gerektiğinde pay sahipleri ve alacaklılar bilgilendirilmelidir.

Yukarıdaki hükme göre, yönetim kurulu, yönetim haklarıyla temsil yetkilerini muhakkak kendisinin kullanmasının zorunlu olmadığı; gereğinde bir gözetim organı olarak çalışabilen bir organdır. TTK m.367'de yönetim kurulunun hemen hemen üyelerinin tümünün, yürütme yetkisini haiz olmayan (non-executive) üye konumuna geçebildiği esnek bir rejim benimsenmiştir. Hüküm, yönetimin, bazı yönetim kurulu üyelerine ve/veya üçüncü kişilere devir (yani delege) edilmesini düzenlemektedir. Yönetimin bu anlamda devri, organsal işlevin devridir.

Hüküm bazı noktalarda yenilikler getirmiştir:

1) Yönetim hakkı ile temsili yetkisi birbirinden ayrılmıştır.

2) Devir esas sözleşmesel dayanağı gerektirir ve ancak yönetim kurulu tarafından kabul edilen bir teşkilat yönetmeliği ile yapılır.

3) Korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir şekilde ortaya koyan alacaklılar bu yönetmelik hakkında bilgilendirilir.

4) Hüküm ile yönetim kurulu yanında ondan tamamen bağımsız, "yönetim" diye adlandırılan bir organ yaratılmamış, yönetim kurulu ile "yönetim" arasında kesin bir ayrım bulunduğu anlayışı reddedilmiş, sadece şirketin işletme konusunun elde edilebilmesi için gerekli tüm kararların alınması hakkının, yani bir iç ilişki hakkı olan yönetimin (management) kısmen veya tamamen devrine olanak verilmiştir. Devir, kural olarak temsil yetkisinin devrini içermez. Bunun için temsil yetkisinin ayrıca veya aynı işlemde açıkça belirtilmek suretiyle devri gerekir.

Böylece TTK m.367 ile m.370/2 hükümlerinde yer alan düzen, yönetimin tek kurullu (monist) rejime göre şekillenmesine veya Almanya'da uygulanan iki organlı (dualist) anlayış uyarınca oluşturulmasına olanak vermektedir. Bu düzen yani TTK'nın yeni sistemi yönetim kurulu üyelerini, Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan, yönetim hakkını haiz olan (intern, executive) ve olmayan (exter, non-executive) üyeler ayrımına tabi tutmaya da elverişlidir. Hatta Fransa'da geçerli "PrésidentDirecteur-Général" sisteminin uygulanmasına da müsaittir. Böylelikle şirketler topluluğunun gereksinim duyduğu yönetim şekli için esneklik de sağlanmış olmaktadır. Devir organsal işlevleri içerdiğinden sorumluluk yönünden önemli sonuçlar doğurur. Yönetimin devri için esas sözleşmede hüküm bulunması şart olup, bu hususta genel kurul kararı yeterli değildir (TTK m.367, Gerekçesi).

Diğer bir koşul da, devrin, bir örgüt yönetmeliği ile yapılmasıdır. Yönetmelik üretim öncesini, üretimi, pazarlamayı, muhasebenin yapısını, işleyişini, görev tanımlarıyla şemasını içerir; "yönetimi" bir bütün halinde düzenler. Yönetmelikte örgüt şemasının verilmesi yeterli değildir; karar ve atama yetkileri ile işletmenin teknik, ticari ve hukuki açıdan yönetimine ilişkin esasları da içermelidir. Bu tasarruf murahhasların yetki alanlarının da açıkça belirlenmesinde önem kazanır. Örgütlenme yönetmeliğinin tescil ve ilanı gerekli değildir. Ancak korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir surette ortaya koyan paysahipleri ile alacaklılara yazılı olarak bilgi verilir. Yönetmeliği genel kurul veya yönetim kurulu onaylayabilir. Bu onay hiçbir organ açısından o organa özgülenmiş ve devredilemeyecek bir yetki taşımaz. Devir, esas sözleşmede açıkça öngörüldüğüne göre devir yönetmeliği bakımından gerekli esas sözleşmesel dayanak sağlanmış demektir. Önemli olan devirdir. Bu da esas sözleşmede öngörülen bir hükümle, "meşruiyet" temelini kazanmış olmaktadır. Teşkilat yönetmeliği bu devri uygulamaya ilişkin hükümlerini göstermesi bakımından önem-

lidir. Kaynak İsviçre hukukunda bu yetkiyi çoğu kez yönetim kurulu kullanmaktadır.

Yönetmelik hakkında bilgi verilmesi konusunda kanun paysahipleriyle alacaklılar arasında bir fark yapmıştır. Paysahiplerinin bu hususta "korunmaya değer menfaat"leri bulunduğuna ilişkin güçlü bir karine vardır. Alacaklılarda böyle bir karine mevcut değildir. Bu sebeple, yönetim örgütü hakkında paysahipleri bilgilendirilmelidir. Alacaklılar ise korunmaya değer menfaatleri bulunduğunu ikna edici bir şekilde ortaya koyarlarsa bilgilendirilirler. Menfaatin, istenen konu ve olgu ile ilgisi de gözönüne alınmalıdır. Sorumluluk davalarında ve iflâsta paysahipleri ile alacaklıların menfaati somutlaşır. Bilgi verme yükümü yönetmeliğin bir kopyasının verilmesini zorunlu kılmaz. Ayrıca haklı sebeplerin varlığında (bir alacaklının açtığı bir davada bu yönetmelikten bir rakibin yararlanması olasılığının bulunması gibi) talebin reddedilmesi de mümkündür. Yönetim kurulunun devir ve yönetmeliğini hazırlamaya ilişkin yetkisinin, bir esas sözleşme hükmü ile genel kurulun onayına bağlanıp bağlanamayacağı sorunu bir içtihat sorunudur.

Devredilmediği takdirde yönetim, yönetim kurulunca kurul olarak yerine getirilir.

4. ANONİM ŞİRKETLERDE YETKİ DEVRİNE İLİŞKİN İÇ YÖNERGE UYGULAMASI

Anonim ve limited şirketleri, her hususta münferiden veya müştereken temsil edecek kimselerin yetkileri;

- Anonim şirketlerde yönetim kurulu ya da genel kurul kararları,
- Limited şirketlerde ise ortaklarkurulukararı

ile alınabilir.

Ancak, temsile ilişkin konularda ya da parasalaçıdan yapılacak sınırlama ile atanacak yetkililer, temsile yetkili olmayan yönetim kurulu üyelerini veya şirkete hizmet akdi ile bağlı olanları, sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcıları,mutlaka TTK m.367'de bahsi geçen ve yetki sınırının belirlendiği***iç yönergenin noter onaylı örneğinin tescil ve ilan edilmesi*** sonrasında atanabilir.

İç yönerge düzenlenmesinde dikkat edilmesi gereken hususlar aşağıdaki gibidir:

- Öncelikle, yönetim kurulunun ve müdürler kurulunun yetki devrine ilişkin iç yönerge düzenleyebilmesi için, bu konuda şirket esas sözleşmesinde bir hüküm bulunmalıdır. Esas sözleşmede bu konuda

bir madde yoksa öncelikle esas sözleşme değişikliği yapılarak tescil ve ilan ettirilmelidir. Esas sözleşmede yapılacak değişiklik (tadil), iç yönerge ile eş zamanlı olarak da tescil ve ilan edilebilir.

- Anonim şirketlerde yönetim kurulu (veya genel kurul) kararı ile limited şirketlerde ise temsile yetkili müdürler kurulu (sınırsız yetkili müdürler; veya ortaklar kurulu) kararı ile tarih ve sayı içeren, sınırlı yetki çerçevesini belirleyen bir iç yönerge (noter onaylı karar ekinde) kabul edilerek tescil ve ilan edilir ***(iç yönerge metninin her sayfasında karara katılan yönetim kurulu üyeleri/müdürler kurulu üyelerinin imzası bulunmalıdır).***
- Hazırlanacak olan iç yönerge genel bir metin olup, imza grupları ve yetki sınırlamalarına ilişkin düzenlemeleriiçerir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, iç yönergenin sadece sınırlı yetkileri düzenlemeye ilişkin olarakhazırlanması gerektiğidir. Bu aşamada şirketlerin münferit ve/veya müşterek sınırsız temsil yetkisi vermeleri içyönergeye konu olmaz. Ayrıca, belirlenen yetkilere atanan kişilerin isimleri kesinlikle iç yönergede yer almaz.
- İç yönerge ile belirlenen sınırlı yetkilere atanacak kişilerin ad-soyad ve Kimlik Numaraları, iç yönergenin tarih ve sayısına atıf yapılarak alınacak anonim şirketlerde yönetim kurulu, limited şirketlerde ise ortaklar kurulu kararı ile belirlenir.
- Hazırlanacak iç yönerge metninde kişilere ait isim, kimlik numarası adres gibi bilgiler kesinlikle yeralmaz. Bunun amacı,daha sonra yetkinin devredildiği bireylerde değişiklik yapılması halinde, halihazırda hazır bulunan iç yönergeye atıf yapmak suretiyle bu değişikliği gerçekleştirerek Ticaret SiciliMüdürlükleri açısından iş yükünü azaltabilmektir.
- Hazırlanacak olan iç yönergenin tarihi ve sayısı olmalıdır. Şirket kayıtlarında tescil ve ilan edilmiş iç yönergede herhangi bir değişiklik yapılması veya mevcut iç yönergeye ilavelerin yapılacak olması halinde, ayrı tarih ve sayı ile düzenlenmiş yeni bir iç yönergenin tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir.
- TTK m.370/2 uyarınca; yönetim kurulu, temsil yetkisini yönetim kurulu üyesi olmayan murahhasmüdürlere bırakacaksa, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.

Uygulamada bu hükümde yer alan "temsil yetkisini haiz olması gerekmektedir" ifadesi sınırsız şekilde yetkiliolması gerektiği şeklinde algılan-

dığından, şirketlerde iç yönerge hazırlanarak yetki devri yapılabilmesinin esaskoşullarından bir diğeri de yönetim kurulu üyelerinden en az birinin şirketi herhangi bir sınırlamaolmaksızın en geniş şekilde temsil etmeye yetkili kılınmış olmasıdır.

Sınırlı yetki devrine ilişkin hazırlanacak olan iç yönergenin kabul edileceği yönetim kurulu kararınıngündem maddeleri de aşağıdaki şekilde olmalıdır:

- Şirketi her konuda en geniş şekilde temsil etmeye yetkili en az bir yönetim kurulu üyesi seçilmelidir.
- Tarih ve sayısı belirtilen ve karara eklenen iç yönergenin kabul edilmesine ve onaylanmasına ilişkin bir kararalınmalıdır.
- Temsil ve ilzama ilişkin kararda, iç yönergeye atıfta bulunularak sınırlı yetkililerin atandığı ve iç yönergede sayılan yetki kapsamı yer almamalıdır. Sadece iç yönerge tarih sayısına atıfta bulunulmalı, iç yönerge içinde geçen yetkinin sınırlarını belirleyen cümleler temsil ve ilzam kararında yeniden yazılmamalıdır.
- İç yönergede bulunan sınırlı yetkileri kullanacak kişilerin atandığı temsil ve ilzam kararında, şirketi ***"her alanda ve herhangi bir sınırlama olmaksızın"*** temsil ve ilzam edecek yönetim kurulu/müdürler kurulu üye ve/veya üyelerinin isimleri ve temsil ve ilzam yetkileri bulunması gerekir.
- Tercihe göre aynı kararda kabul edilen iç yönergeye atıf yaparak sınırlı yetkileri kullanmak için seçilenbireylerin bilgilerine yer verilerek bunlar belirtilmelidir.
- Son olarak, onaylanan iç yönergenin tescil ve ilanı talep edilmelidir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, şirketi sınırsız şekilde temsile yetkili en az bir yönetim kurulu üyesininolmaması halinde, sınırlı şekilde yetki devrine ilişkin düzenlenecek olan iç yönergenin Ticaret SiciliMüdürlüklerince kabul görmeyecektir.

İç yönergenin sadece sınırlı yetkileri düzenlemeye ilişkin olarak hazırlanan bir belge olması sebebiyle,şirketlerin münferit ve/veya müşterek sınırsız temsil yetkisi vermelerinin iç yönergeye konu olması gerektiğinedikkat edilmelidir.

5. SONUÇ

Anonim şirketlerde yönetim ve temsil yetkisi yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulu temsile yetkili kişileri tescil ve ilan eder, temsil şeklini belirler ve dilerse temsil yetkisini devredebilir. Ancak her durumda en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisinin olması gerekir. 6102 sayılı TTK, *"ultra vires"* ilkesini terk etmiş olduğundan, artık, şirketin işletme konusu içerisinde olmasa da kural olarak imza yetkililerinin yaptığı tüm işlemler şirketi bağlar.

TTK m.370-371'de, anonim şirketlerde temsil yetkisi ve bu yetkinin kapsam ve sınırlarına dair ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Diğer taraftan, TTK m.371'e 2014 yılında 6552 sayılı Kanun ile önemli bir ek hüküm getirilmiş ve temsil yetkisi iç yönergeye bağlanmıştır. Benzer şekilde, limited şirketler bakımından da TTK m.629'a hüküm ilave edilmiştir.

Bu yeni uygulamanın temel amacı; anonim şirketi (ve limited) temsil yetkisinin sadece merkezin veya bir şekilde şubenin işlerineözgülendiğine veya birlikte kullanılmasına ilişkin sınırlamaların yanı sıra uzun bir süre uygulamadagerçekleştirilen diğer temsil yetkisi sınırlamalarının (örneğin parasal yetki sınırlandırmaları) üçüncü kişileri debağlayıcı hale getirilmesini temin edebilmektir.

Uzun süreden bu yana, uygulamada olan anonim şirket ve limitedşirket temsil yetkilerinin parasal sınırlamalara tabi tutulması, 6102 sayılı TTK ile birlikte yeniden tartışma konusu olmuş ve ticaret siciline tescil edilmek şartıyla temsil yetkisi sınırlandırma olanağı getirilmiştir.

Temsil yetkisi ve sorumluluk konusunda hazırlanacak iç yönergenin ayrıntılı olmasında yarar bulunmaktadır. Bu arada dikkat edilmesi gereken bir husus, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu olup, atanan temsilcilerin, şirkete ve üçüncü kişilere verecekleri her türlü zarardan dolayı yönetim kurulu üyeleri müteselsil olarak sorumlu olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKARCA, Akif, Mehmet ŞAFAK, *"Anonim Şirketlerde Yönetimin ve Temsil Yetkisinin Devri"*, Dünya Gazetesi, 14.05.2015
- ALTAŞ, Soner, *"Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Yönetim ve Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Devri"*, Mali Çözüm Dergisi, Mayıs-Haziran 2011, s.91-108http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/105malicozum/5%20soner%20altas.pdf (Son Erişim Tarihi: 22.01.2016)
- DEDEAĞAÇ, Ender, Oğuzhan SAPAN, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu, Ankara Barosu, 2013 http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/anonim-sirketlerde-yonetim-kurulu.pdf (Son Erişim Tarihi: 22.01.2016)
- EROL, Yasemin, *"Sermaye Şirketlerinde Temsil Yetkisi Devri ve İmza"*, Vergide Gündem Dergisi, Mayıs 2015, s.2-3 http://www.vergidegundem.com/documents/10156/2829195/VGMayis_2015.pdf (Son Erişim Tarihi: 22.01.2016)
- İstanbul Ticaret Odası http://www.ito.org.tr/wps/portal/tescil-ilan-kurulus?WCM_GLOBAL_CONTEXT=anonim_sirketler_index (Son Erişim Tarihi: 22.01.2016)
- KOCABAŞOĞLU, Özgür, *"Anonim Şirketlerde Temsil Yetkisi"*, Aralık 2013 http://www.erdem-erdem.com/articles/anonim-sirketlerde-temsil-yetkisi/ (Son Erişim Tarihi: 22.01.2016)
- Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324; Sıra Sayısı: 96)
- 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Madde Gerekçeleri
- 6552 sayılı Kanun Hakkında Bilgi Notu, TBMM Bütçe Başkanlığı, 10.09.2014

AİHM KARARI

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ BÜYÜK DAİRESİ'NİN SCHATSCHASCHWILI / ALMANYA DAVASINDA VERDİĞİ KARAR[1]

(Başvuru No: 9154/10, Karar Tarihi: 15 Aralık 2015)

C. Büyük Daire'nin Değerlendirmesi [2]

1. İlgili ilkelerin özet olarak yeniden belirtilmesi

(a) Genel ilkeler

100. Mahkeme; 6. maddenin 3 (d) fıkrasında yer alan güvencelerin, 6. Maddenin 1. fıkrasında düzenlenen Adil Yargılanma Hakkının özel görünümleri olduğunu yineler. (bkz.Yukarıda adı geçen *Al-Khawaja ve Tahery*, § 118)Bu itibarla başvurucunun şikâyeti, bu iki hüküm birlikte değerlendirilerek ele alınacaktır. (bkz. *Windisch v. Austria*, 27 Eylül 1990, § 23, Seri A no. 186, ve *Lüdi v. Switzerland*, 15 Haziran 1992, § 43, Seri A no. 238).

101. Mahkeme'nin, 6. Maddenin 1. fıkrası uyarınca öncelikli işi;soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin, bütünü itibari ile adil olup olmadığını değerlendirmektir. (bkz., diğer referansların yanı sıra, *Taxquet v. Belgium* [GC], no. 926/05, § 84, ECHR 2010). Mahkeme, bu değerlendirmeyi yaparken, delillerin nasıl elde edildiği de dahil olmak üzere, işlemleri bir bütünolarak ele alacak; suçun uygun biçimde soruşturulup soruşturulmadığını incelerken; savunmanın haklarının yanı sıra, kamu ve mağdur menfaatinin, (bkz.*Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, §§ 163 ve 175, ECHR 2010) ve eğer gerekliyse tanık haklarınında (bkz.Yukarıda adı geçen *Al-Khawaja and Tahery*, § 118, ve daha fazlası için yukarıda adı geçen *Hümmer*, § 37) korunup korunmadığını dikkate alacaktır.

---

1 Çeviren: Av. Yalçın Yurttaş, İstanbul Barosu.

2 Çevirenin Notu: Ülkemiz son yıllarda; masumiyeti sonradan ortaya çıkan yüzlerce insanın, isimsiz ihbar mektuplarına, kimliği, maksadı, güvenilirliği meçhul gizli tanık ifadelerine ve hukuka aykırı elde edilmiş delillere istinaden tutuklanmasına ve mahkum olmasına tanıklık etti.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin; delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesini ne denli ciddiye aldığını; isimsiz ihbar mektupları ve gizli tanık ifadeleri bir tarafa; yalnızca soruşturma aşamasında dinlenebilen tanık ifadelerine dahi ne kadar ihtiyatla yaklaştığını gösterir Schatschaschwili / Almanya içtihadının, Büyük Daire'nin değerlendirmelerini içeren kısımları, ceza yargılamamızın Evrensel hukuk standartlarını yakalaması adına küçük bir katkı olması niyetiyle Türkçe'ye çevrilmiştir.

Çalışmalarıma verdiği destek ve verimli yönlendirmeleri için Sayın Hocam Prof. Dr. Ersan Şen'e teşekkür ederim.

102. Soruşturma aşamasında ifade veren tanığın, kovuşturma aşamasında yargılamaya iştirak etmemesi halinde, önceki beyanlarının delil olarak kabulüne ilişkin ilkeler, Büyük Dairenin, Aralık 2011 tarihli-*Al-Khawaja ve Tahery* (yukarıda adı geçen)içtihadındaözetlenmiştir.

103. Mahkeme, mezkur içtihadında; Madde 6 § 3 (d)'de düzenlenen bir ilke olan; sanığın cezalandırılabilmesi için; sanık aleyhindeki tüm delillerin, sanığın kendini savunabilmesi ve aleyhe delillere karşı argümanlarını öne sürebilmesi amacıyla, sanığın huzurundave açık duruşmadadoğrudan doğruya tartışılması gerektiği ilkesini tekrar vurgulamıştır.(bkz.yukarıda adı geçen *Al-Khawaja ve Tahery*, § 118).

104. Mahkeme bu bağlamda;ceza yargılamasında soruşturma aşamasının öneminivurgulamak durumundadır. Çünkü bu aşamada toplanan deliller, kovuşturma aşamasında sanığa isnat olunan suçlamanın çerçevesini belirler. (bkz. *Salduz v. Türkiye*[GC], no. 36391/02, § 54, ECHR 2008). Her ne kadar;ceza yargılaması bağlamında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 6. Maddesinin öncelikli amacı, yetkili ve görevli 'mahkeme' tarafından, 'bütün suçlara ilişkin' adil bir yargılamanın yürütülmesi ise de; bu maddenin kovuşturma öncesi işlemlere de uygulanamayacağı söylenemez. Bu itibarla; Madde 6 -özellikle bu maddenin 3. fıkrası-, soruşturma aşamasındaki ihlallerin adil yargılanma ilkesini tehlikeye düşürdüğü bütün halleri ve dolayısıyla soruşturma dosyasının mahkemeye gönderilmesinden öncekiaşamaları da kapsar. (bkz.yukarıda adı geçen *Salduz*, § 50, *Imbrioscia v. Switzerland*, 24 Kasım1993, § 36, Seri A no. 275 kararına atıfla).

105. Ancak kolluk soruşturması ve adli tahkikat sırasında elde edilen ifadelerin,delil olarak kullanılması, savunma hakkına saygı gösterilmesi kaydıyla Madde 6 §§ 1 ve 3 (d)'ye aykırı değildir. Kural olarak; bu maddeler ile güvence altına alınan haklar bağlamında; sanığın, aleyhine tanıklık eden tanığa soru yöneltebilmesive aleyhe tanık ifadelerine karşı savunma yapabilmesi imkanlarının yeterli ve uygun ölçüde sanığa tanınmış olması gerekmektedir. Bu imkanlar tanık ifadesi esnasında veya ceza yargılamasının ilerleyen aşamalarında tanınmalıdır. (bkz. yukarıda adı geçen *Al-Khawaja ve Tahery*, § 118, daha fazla referans için; ayrıca bkz. *A.G. v. İsveç* (dec.), no. 315/09, 10 Ocak 2012,ve *Trampevski v. Makedonya Cumhuriyeti*, no. 4570/07, § 44, 10 Temmuz 2012).

106. Mahkeme, *Al-Khawaja ve Tahery* içtihadında; kovuşturma aşamasına katılmayan tanığın, soruşturma aşamasındaki ifadelerinin, sanık aleyhine yegane veya belirleyici delil olarak kabul edilmesinin, Madde 6 § 1'i doğrudan ihlal etmediği sonucuna varmış, "yegane veya belirleyici de-

lil" kuralının (mahkumiyet kararının; yegane veya belirleyici ölçüde; yargılamanın herhangi bir aşamasında sanığa soru sorma ve kendini savunma imkanı tanınmayan bir tanık ifadesine dayanması halinde yargılamanın adil olmayışı, ibid., §§ 128 ve 147) katı bir şekilde uygulanmasının, Madde 6 § 1'de yer alan adil yargılanma hakkına ilişkin geleneksel yoruma -yargılamanın bütünü itibari ile adil olup olmadığının incelenmesi-aykırı olacağı kanaatine ulaşmıştır.Ne var ki; bu tür delillerin kabulü, adil yargılanma bağlamında açıkça riskler taşıması sebebiyle, adaletin yerini bulması bakımından dikkatle ele alınmalıdır. (ibid., §§ 146-47)

107. *Al-Khawaja ve Tahery* içtihadında geliştirilen ilkelere göre, mahkemede hazır bulunmayan ve sorgulanmayan bir tanığın ifadesinin delil olarak kabul edilmesinin, İHAS madde 6 §§ 1 ve 3 (d) ile uygunluğu(ibid., § 152) üç adımda incelenmelidir. Mahkeme şunlarıincelemelidir:

(i) tanığın hazır bulunmamasına ve hazır bulunmayan tanığın ifadesinindelil olarak kabul edilmesine ilişkin haklı bir gerekçenin bulunup bulunmaması (ibid., §§ 119-25);

(ii) hazır bulunmayan tanığın ifadesinin,sanığın mahkumiyeti adına yegane veya belirleyici delilolup olmadığı (ibid., §§ 119 and 126-47); ve

(iii) usuli güvenceler de dahil olmak üzere; doğrudan doğruya tartışılmamış delillerin kabul edilmesi sonucunda sanığın karşılaşacağı elverişsiz durumun telafi edileceği güvencelerin bulunup bulunmadığıve yargılamanın bir bütün olarak ele alındığında adil olup olmadığı (ibid., § 147).

108.Yukarıdaki ilkelerin, değişik hukuk sistemlerine sahip AkidD evletlerde, özellikle de Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde uygulanabilirliği konusunda, Mahkeme şu hususu vurgulamaktadır: Mahkeme, hukuk sistemlerindeki ve usullerindeki farklı yaklaşımları (delillerin ceza yargılamalarında kabul edilebilirliğine ilişkin farklı yaklaşımları da) dikkate almaya önem vermekle birlikte, hukuk sistemi ne olursa olsun, neticede madde 6 §§ 1 ve 3 (d)'de ifade edilen denetleme standartlarını uygulamalıdır. (bkz., yukarıda adı geçen *Al-Khawaja ve Tahery*, § 130).

109. Öte yandan; bireysel başvurularda Mahkemenin görevi; ilgili yasal düzenlemeleri soyut olarak denetlemek değildir. Mahkeme, mümkün mertebe kendini, huzuruna gelen davanın maddi vaka ve hukuki meselelerini incelemek ile sınırlandırmalıdır. (bkz., diğer pek çok yetkili arasından, *N.C. v. İtalya*[GC], no. 24952/94, § 56, ECHR 2002-X, ve yukarıda adı geçen, *Taxquet*, § 83). Davalara ilişkin bu inceleme yapılırken, Mahkeme, hazır bulunmayan tanığın ifadesinin delil olarak kabul edilmesi

ve yargılamanın adil olmasının sağlanması gibi hususlarda, İHAS'a taraf olan ülkelerin hukuk sistemleri arasında farklılıklar olabileceğininelbette ki bilincindedir. Mahkeme bu incelemeyi yaparken, özellikle hazır bulunmayan tanık ifadesinin delil olarak kabulü sonucu,savunma açısından ortaya çıkan elverişsiz durumun telafisi için söz konusu hukuk sistemlerinde gerekli güvencelere yer verilip verilmediğini inceler. (karşılaştırınız, yukarıda adı geçen Al-*Khawaja ve Tahery*,§146).

(b)*Al-Khawaja*testininüç adımı arasındaki ilişki

110. Mahkeme;hazır bulunmayan tanığın doğrudan doğruya tartışılmamış ifadesinin, suçun sübutuna yönelik delil olarak kabul edildiği yargılamaların İHAS'a uygunluğunu denetlediği sonraki içtihatlarında; *Al-Khawaja ve Tahery* kapsamında geliştirilmiş olan ilkelerin ve Al-Khawaja testinin üç adımı arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması ve detaylandırılması gereğini duymuştur. Testin birinci adımındaki soru (tanığın hazır bulunmamasının haklı bir gerekçesi olup olmadığı) ve ikinci adımındaki soru (hazır bulunmayan tanık ifadesinin, sanığın mahkumiyeti için yegane veya belirleyici delil olup olmadığı) olumlu cevaplandırılır ise; testin üç adımının her birinin-tıpkı *Al-Khawaja ve Tahery* kararında olduğu gibi- incelemeye tabi tutulması gerektiği açıktır. (bkz. yukarıda adı geçen *Al-Khawaja ve Tahery*, §§ 120 ve 147). Ne var ki; birinci adımdaki veya ikinci adımdaki soruya olumsuz cevap verilmesi halinde; Mahkemenin, her üç adımı da benzer şekilde inceleyip incelemeyeceği ve bu incelemeyi hangi sıra ile yapacağı meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekmiştir.

(i) Tanığın hazır bulunmamasının haklı bir gerekçesi bulunmamasının, başlı başına madde 6§§ 1 ve 3 (d)'yi ihlal edip etmediği

111. Tanığın mahkemede hazır bulunmamasının haklı bir gerekçesi olmadığı (Al-Khawaja testinin birinci adımı) hallerin,ikinci ve üçüncü adımları incelemeye gerek kalmadan, İHAS Madde 6§§ 1 ve 3 (d) yi ihlal edip etmediği hususunda Mahkeme şu görüştedir: *Al-Khawaja ve Tahery* kararında Mahkeme; tanığın mahkemede hazır bulunmamasının haklı bir gerekçesi olupolmadığı sorusunun "öncelikli soru" olduğunu ve bu sorunun, tanık ifadesinin mahkumiyet için yegane veya belirleyici delil olup olmadığına bakılmaksızın incelenmesi gerektiğini belirtmiştir (ibid., § 120). Bununla birlikte; Mahkeme, tanık ifadesinin mahkumiyet için yegane veya belirleyici delil niteliğinde olmadığı hallerde dahi, tanığın mahkemede hazır bulunmamasının (ve hazır bulunmadığından dolayı sorgulanamamasının) haklı bir gerekçesi olmaması halinin madde 6 §§ 1 ve 3 (d)'yi ihlal ettiğini ifade etmiştir. (daha fazla referans için bkz. ibid.,).

112. Mahkeme; hazır bulunmayan, fakat ifadesi,sanığın mahkûmiyeti için yegane veya belirleyici olan tanığın, hazır bulunmamasının haklı bir gerekçeye dayanması gerektiğinin istikrar kazanmış içtihatları ile ortaya konulduğunu belirtir (bkz.yukarıda adı geçen *Al-Khawaja ve Tahery*, § 128). Bununla beraber Mahkeme, *Al-Khawaja ve Tahery* içtihadı ile,kimi durumlarda somut olayın özelliklerini dikkate almayan 'yegane veya belirleyici delil'ilkesinden uzaklaşmasının altında yatan gerekçenin, geleneksel anlayışta ifade bulan;y argılamanın 'bütünü itibari ile 'adil olup olmadığının incelenmesi zorunluluğu olduğunu ifade etmiştir. (ibid., §§ 146-47). Zira; tanığın hazır bulunmamasının haklı bir gerekçesi olmamasını -mezkur tanık ifadesi mahkumiyet için yegane veya belirleyici delil değilse-peşinen İHAS'ın ihlali ve yargılamanın adil olmaması niteliğinde kabul etmek, somut olayın özelliklerini dikkate almayan yeni bir kuralın yaratılması anlamına gelecek, ihlal oluşturduğu kabul edilen ifadenin, yargılamanın sonucuna gerçekten etkisi olup olmadığını, mahkumiyet kararında yegane veya belirleyici olup olmadığını dikkate almayacaktır.

113. Mahkeme, *Al-Khawaja* içtihadından sonraki pek çok davada; yargılamanın adil olup olmadığı ile ilgili değerlendirmenin yapılmasında, *Al Khawaja* testinin her üç adımını da dikkate alan ve yargılamanın adil olup olmadığını, bütünü itibari ileinceleyen bir yaklaşımı benimsediğini ifade etmiştir. (bkz. *Salikhov v. Rusya*, no. 23880/05, §§ 118 et seq., 3 May 2012; *Asadbeyli ve diğerleri v. Azerbaycan*, nos. 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05 ve 16519/06, § 134, 11 Aralık 2012; *Yevgeniy Ivanov v. Rusya*, no. 27100/03, §§ 45-50, 25 Nisan 2013; ve *Şandru v. Romanya*, no. 33882/05, §§ 62-70, 15 Ekim 2013). Yine de; diğer bazı davalarda, tanığın hazır bulunmamasının haklı bir gerekçesi olmaması, başlı başına madde 6 §§ 1 ve 3 (d)'nin ihlali için yeterli bulunmuştur (bkz. *Rudnichenko v. Ukrayna,* no. 2775/07, §§ 105-110, 11 Temmuz 2013, ve*Nikolitsas v. Yunanistan*, no. 63117/09, § 35, 3 Temmuz 2014; referans gösterilen ikinci davada, Mahkeme yine de *Al-Khawaja* testi adımlarına atıfta bulunmuştur, bkz. ibid., §§ 36-39). Ne var ki; başkabazı davalardada farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu davalarda; iddia makamı tanığının, mahkemede hazır bulunmaması için haklı bir gerekçenin olmaması hali -tanık ifadesinin, karara herhangi bir etkisi bulunmadığı haller hariç tutulmak üzere-yargılamanın adil bulunmaması için yeterli olmuştur (bkz.*Khodorkovskiy ve Lebedev v. Rusya*, nos. 11082/06 ve 13772/05, §§ 709-16, 25 Temmuz 2013; *Cevat Soysal v. Türkiye*, no. 17362/03, §§ 76-79, 23 Eylül 2014; ve *Suldin v. Rusya*, no. 20077/04, §§ 56-59, 16 Ekim 2014).Büyük Daire, yukarıda belirtilenler hususlar ışığında; (paragraf 111-112'ye bkz.) tanığın hazır bulunma-

ması için haklı bir gerekçe olmaması halinin, başlı başına yargılamanın adil olmaması sonucunu doğurmayacağı kanaatine ulaşmıştır. Bununla birlikte; 'iddia makamı tanığının', hazır bulunmamasına ilişkinhaklı bir gerekçenin olmaması, yargılamanın bütünü itibari ile adil olup olmadığının değerlendirilmesinde önem arz eden ve ihlal neticesi doğurabilecek bir faktördür.

(ii) Hazır bulunmayan tanıkifadesinin, yegane veya belirleyici delil olmaması halinde; telafi edici güvencelerin hala zorunlu olup olmadığı sorunsalı

114. *Al-Khawaja ve Taheryi*çtihadında Mahkeme; mahkumiyetin yegane veya belirleyici biçimde mahkemede hazır bulunmayan tanık ifadesine dayandığı davalarda; delillerin güvenilirliğinin adil biçimde değerlendirilebilmesi için, telafi edici güvencelerin varlığını gerekli görmüştür. (ibid.,§ 147).

115. Hazır bulunmayan tanığın ifadesinin, mahkûmiyet kararına dayanak olan yegane veya belirleyici delil olmaması halinde dahi, telafi edici güvencelerin bulunup bulunmadığının incelenmesinin gerekip gerekmediği hususunda Mahkeme; yargılamanın bütünü itibari ile adil olmasını sağlamak için genellikle böyle bir incelemenin yapılması gerektiğini yinelemiştir. Bu inceleme, geleneksel olarak, yargılama esnasında doğrudan doğruya tartışılmamış delillerin öneminin ve savunma açısından ortaya çıkan elverişsiz konumu telafi edecek tedbirlerin Yargılama makamı tarafından alınıp alınmadığının incelenmesini de kapsar (bkz. *Gani v. İspanya*, no. 61800/08, § 41, 19 Şubat 2013, daha fazla referans için; ayrıca bkz. *Fafrowicz v. Polanya*, no. 43609/07, §§ 58-63, 17 Nisan 2012; *Sellick ve Sellick v. Birleşik Krallık*(dec.), no. 18743/06, §§ 54-55, 16 Ekim 2012 (hazır bulunmayan tanık ifadesi 'önemli delil' olarak kabul edilmiştir); *Beggs v. Birleşik Krallık*, no. 25133/06, §§ 156-159, 6 Kasım 2012 (hazırbulunmayan tanığın ifadesi, ikinci derecede delilin bir parçası olarak kabul edilmiştir);*Štefančič v. Slovenya*, no. 18027/05, §§ 42-47, 25 Ekim 2012 (hazır bulunmayan tanığın ifadesi, sanığın mahkumiyetinin dayandığı esaslı unsurlar arasında kabul edilmiştir); ve *Garofolo v. İsviçre*(dec.), no. 4380/09, §§ 52 ve 56-57, 2 Nisan 2013; ayrıca bkz. *Matytsina v. Rusya*, no. 58428/10, §§ 164-65, 27 Mart 2014, ve *Horncastle vediğerleri v. Birleşik krallık*, no. 4184/10, §§ 150-51, 16 Aralık 2014 (her ikisinde de; hazır bulunmayan tanığın ifadesi düşük derecede önem arz etmekte olduğundan, telafi edici güvencelerin incelenmesine gerek görülmemiştir.)

116. Mahkemenin amacı,yargılamanın bütünü itibari ile adil olup olmadığını değerlendirmek olduğundan; telafi edici güvencelerin varlığı, sadecehazır bulunmayan tanığın ifadesinin, sanığın mahkumiyeti için yegane veya belirleyici delil olduğu hallerdegözden geçirilmemelidir. Mahkeme; yerel mahkemenin delillerin önemine ilişkin değerlendirmelerini ele alırken; (aşağıda paragraf 124'te daha detaylı açıklanmıştır) delillerin yegane veya belirleyici olup olmadığı hususu belirsiz dahi olsa; deliller mahkûmiyet kararı için belli bir ağırlık taşıyor ve savunmayı elverişsiz konumda bırakıyorsa, telafi edici güvencelere ilişkin aynı incelemeyi yapmalıdır. Yargılamanın adil olup olmadığını tespit edebilmek için gereken telafi edici güvencelerin kapsamı, hazır bulunmayan tanık ifadesinin arz ettiği öneme bağlıdır. İfade ne kadar önemliyse, telafi edici güvenceler de, yargılamanın adil olarak değerlendirilebilmesi için o ölçüdeönem arz edecektir.

iii) Al-Khawajatestinde yer alan üç adımın sıralanışı üzerine

117. *Al-Khawaja ve Tahery* davasında Mahkeme; tanığın hazır bulunmamasının haklı bir gerekçesi olup olmadığı (ilk adım) ve hazır bulunmayan tanığın ifadesinin delil olarak kabul edilip edilmeyeceği sorularının; delilin mahkumiyet için yegane veya belirleyici olup olmadığı (ikinci adım; ibid., § 120) sorusundan evvel cevaplandırılması gereken öncelikli mesele olduğu tespitini yapmıştır. Bu bağlamda; 'öncelikli' kavramı, süreye ilişkin anlamı ile anlaşılabilir: Yerel mahkeme, ilk olarak tanığın hazır bulunmamasınınhaklı bir gerekçesi olup olmadığına ve bunun sonucu olarak, hazır bulunmayan tanığın ifadesinin delil olarak kabul edilebilirliğine karar vermelidir. Yerel Mahkeme, hazır bulunmayan tanık ifadesi bir defa delil olarak kabul edildikten sonra, toplanan bütün delilleri de dikkate alarak, yargılamanın sonunda, mezkur ifadenin mahkumiyet kararındaki ağırlığı ve mahkumiyet kararı için yegane veya belirleyici delil olup olmadığı hususlarını değerlendirecektir. Bu değerlendirmenin ardından mahkeme,yargılamanın bütünü itibari ile adil olup olmadığının tespiti için; hazır bulunmayan tanığın ifadesinin mahkumiyet kararındaki ağırlığı ile aynı nispette telafi edici güvencenin bulunup bulunmadığını (üçüncü adım) inceleyecektir.

118. Bu tespitler ışığında, yerel mahkeme, kural olarak, Al-Khawaja testinin üç adımını,mezkur içtihatta belirtilen sıralama (yukarıda paragraf 107'ye bkz.) ile incelemelidir.Ne var ki; her üç adım da birbirleri ile bağlantılıdır ve bir bütün olarak ele alındıklarında; yargılamanın bütünü itibari ile adil olup olmadığının tespitine yararlar. Bundan dolayı, bazı davalarda bu adımların değişik sıra ile incelenmesi de uygun addedilebilir.

Özellikle adımlardan birinin, yargılamanın adil olup olmadığı hususunda belirleyici olması durumunda sıralama değişebilir. (bununla ilgili olarak bkz., *Nechto v. Rusya*, no. 24893/05, §§ 119-25 ve 126-27, 24 Ocak 2012; *Mitkus v. Letonya*, no. 7259/03, §§ 101-102 ve 106, 2 Ekim 2012; yukarıda adı geçen *Gani*, §§ 43-45; ve yukarıda adı geçen *Şandru*, §§ 62-66, atıf yapılan içtihatların tümünde, hazır bulunmayan tanığın ifadesinin, tek veya belirleyici delil olup olmadığı (ikinci adım), tanığın hazır bulunmamasınınhaklı bir gerekçesi olup olmadığından (birinci adım) önce incelenmiştir.

(c) Al-Khawaja testinin üç adımının her birine ilişkin ilkeler

(i) Tanığın hazır bulunmamasının haklı bir gerekçesi olup olmadığı

119. 'Tanığın hazır bulunmaması için haklı bir gerekçe' kavramı,yerel mahkeme perspektifinden ele alınmalıdır. Yani mahkemenin, tanığın huzura getirilmemesi için haklıbir fiili veya hukuki gerekçesinin bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda; tanığın hazır bulunmamasının haklı bir gerekçesi var ise, böyle bir tanığın mahkemede doğrudan doğruya tartışılmayan ifadesinin delil olarak kabulünde de haklı bir gerekçeveya hukuka uygunluk var demektir. Tanığın mahkemede hazır bulunmamasınınbir çok gerekçesi olabilmektedir; ölüm veya korku (bkz., yukarıda adı geçen *Al-Khawaja ve Tahery*, , §§ 120-25), sağlık sorunları (bkz., *Bobeş v. Romanya*, no. 29752/05, §§ 39-40, 9 Temmuz 2013; *Vronchenko v. Estonya*, no. 59632/09, § 58, 18 Temmuz 2013 ve yukarıda adı geçen *Matytsina*, , § 163) veya tanığa ulaşılamaması gibi.

120. Mahkeme, tanığa ulaşılamaması halinde,yerel mahkemenin,tanığın huzura getirilmesi için bütün makul çabaları göstermesi gerektiğini ifade eder (bkz.*Gabrielyan v. Ermenistan*, no. 8088/05, § 78, 10 Nisan 2012; *Tseber v. Çek Cumhuriyeti*, no. 46203/08, § 48, 22 Kasım 2012; ve *Kostecki v. Polanya*, no. 14932/09, §§ 65 ve 66, 4 Haziran 2013).Yerel mahkemelerin ilgili tanığın konumunu tespit edememeleri veya tanığın yurt dışında bulunuşu, başlı başınaMadde 6 § 3 (d)'da yer alan hakların ihlal edilmediği anlamına gelmez. Madde 6 § 3 (d), Akid Devletlere,sanığın,aleyhine ifade veren tanığa karşı savunma yapabilmesi ve soru yöneltebilmesi için girişimlerde bulunma pozitif yükümlülüğünü getirmiştir. (bkz.,yukarıda adı geçen *Gabrielyan*, , § 81; yukarıda adı geçen *Tseber*, , § 48; ve *Lučić v. Croatia*, no. 5699/11, § 79, 27 Şubat 2014).Bu yükümlülük, İHAS Madde 6 ile güvence altına alınmış hakların etkili bir biçimde kullanılabilmesi adına Akid Devletlerin ellerinden geleni yapmalarını gerektirmektedir.(daha fazla referans için bkz., yukarıda alıntı yapılan *Gabrielyan*, § 81, daha fazla referans). Aksi halde; tanığın hazır bulunmama-

sı bağlamında, yerel mahkemeye kusur izafe edilebilir.(bkz.,yukarıda adı geçen *Tseber*, § 48 veyukarıda adı geçen*Lučić*, § 79).

121. Mahkeme, yerel mahkemelerin -neticede 'ulaşılamamıştır' değerlendirmesi yapacağı- tanığın hazır bulunması adınahangi tedbirleri alacağına ve hangi girişimlerde bulunacağına ilişkin bir liste hazırlamak durumunda değildir (bkz.yukarıda adı geçen *Tseber*, § 49). Ancak yerel mahkeme tarafından,kolluk da dahil olmak üzere, yerel makamlardan destek alarak, tanığın aktif şekilde araştırılması gerektiği açıktır (bkz.yukarıda adı geçen *Salikhov*, §§ 116-17; *Prăjină v. Romanya*, no. 5592/05, § 47, 7 Ocak 2014; ve yukarıda adı geçen *Lučić*, , § 79). Bunun yanı sıra,-tanık yurtdışında yaşıyor ve ilgili mekanizmalar ve uluslar arası antlaşmalar elveriyor ise, uluslararası adli yardım ve işbirliğine başvurulması zorunludur (bkz.,yukarıda adı geçen *Gabrielyan*, § 83;yukarıda adı geçen *Fafrowicz*, § 56;yukarıda adı geçen *Lučić*, § 80; veyukarıda adı geçen *Nikolitsas*, r, § 35).

122. Tanığın mahkemede hazır bulunmasını sağlamak adına yerel mahkemenin göstermesi gereken çaba, tanık tarafından mahkemeye gelmemek adına öne sürülen mazeretlerin de -her bir tanığın özel koşulları da değerlendirilerek-dikkatle incelenmesini gerektirir. (bkz.yukarıda adı geçen *Nechto*, § 127;yukarıda adı geçen *Damir Sibgatullin*, § 56; veyukarıda adı geçen*Yevgeniy Ivanov*, § 47).

(ii) Hazır bulunmayan tanığın ifadesinin sanığın mahkumiyeti için yegane veya belirleyici delil olup olmadığı

123.Hazır bulunmayan ve ifadesi sanığın mahkumiyeti için yegane veya belirleyici unsur olarak kabul edilen tanık deliline ilişkin sorunsal (Al-Khawaja testinin ikinci adımı) bağlamında Mahkeme; 'yegane'kavramından anlaşılması gerekenin sanık aleyhindeki 'tek' delil olması gerektiğini tekrar eder.(bkz.yukarıda adı geçen *Al-Khawaja ve Tahery*, , § 131). 'Belirleyici'delil,dar bir şekilde yorumlanmalı ve davanın sonucunda belirgin ve önemli ölçüde etkili olacak delil olarak anlaşılmalıdır.Doğrudan doğruya tartışılmamış tanık delilinin, başka destekleyici delillerledesteklenmesi halinde; tanık delilinin 'belirleyiciliği,' destekleyici delillerin gücüne bağlı olacaktır. Bu bakımdan, destekleyici deliller ne kadar kuvvetliyse, hazır bulunmayan tanık ifadesi de o nispette daha az 'belirleyici' kabul edilecektir. (ibid., § 131).

124. Mahkemenin görevi, dördüncü derece mahkemesi olarak hareket etmek değildir. (bkz., yukarıda adı geçen *Nikolitsas*, §30) Bu itibarla, başvurucunun mahkumiyetinin, yegane veya belirleyici olarak, hazır

bulunmayan tanık ifadesine dayanıp dayanmadığının tespiti bakımından Mahkemenin başlangıç noktası ancak yerel mahkeme kararları olabilir. (bkz., yukarıda adı geçen Beggs, § 156; yukarıda adı geçen *Kostecki*, § 67; ve yukarıda adı geçen *Horncastle*, , §§ 141 ve 150). Mahkeme, yerel mahkemenin kararını;' yegane' ve 'belirleyici' kavramlarına vermiş olduğu anlam ışığında gözden geçirmeli ve yerel mahkemenin delillerin ağırlığına ilişkin değerlendirmelerinin kabul edilemez veya keyfi olup olmadığını ortaya koymalıdır. (karşılaştırınız, *McGlynn v. Birleşik Krallık* (dec.), no. 40612/11, § 23, 16 Ekim 2012, ve yukarıda adı geçen *Garofolo*, , §§ 52-53). Bunun yanı sıra Mahkeme;yerel mahkeme hazır bulunmayan tanık ifadesi delilinin ağırlığına ilişkin bir değerlendirme yapmamış ise veya yerel mahkemenin değerlendirmesi açık değil ise bu hususta kendi değerlendirmesini yapmalıdır. (karşılaştırınız, yukarıda adı geçen *Fąfrowicz*, § 58; *Pichugin v. Rusya*, no. 38623/03, §§ 196-200, 23 Ekim 2012;yukarıda adı geçen *Tseber*, , §§ 54-56; veyukarıda adı geçen *Nikolitsas*, § 36).

(iii) Savunmanın maruz kaldığı elverişsiz durumu telafi edecek güvencelerin bulunup bulunmadığı

125. Yargılamada hazır bulunmayan tanığın doğrudan doğruya tartışılmamış ifadesinin delil olarak kabul edilmesi sonucu savunmanın maruz kaldığı elverişsiz durumu telafi edecek güvencelerin bulunup bulunmadığı sorunsalına (Al-Khawaja testinin üçüncü adımı) ilişkin Mahkeme; söz konusu güvencelerin, delillerin güvenilirliğinin-adil ve uygun şekilde- değerlendirilmesine imkan vermesi gerektiğini tekrar eder. (Bkz., yukarıda adı geçen Al-Khawaja ve Tahey § 147)

126. Yerel mahkemenin, hazır bulunmayan tanığın doğrudan doğruya tartışılmamış ifadesine tedbirle yaklaşması, Mahkeme tarafından önemli bir güvence olarak değerlendirilmiştir. (karşılaştırınız yukarıda adı geçen *Al-Khawaja ve Tahery*, , § 161; yukarıda adı geçen *Gani*, , § 48; ve *Brzuszczyński v. Polanya*, no. 23789/09, §§ 85-86, 17 Eylül 2013). Yerel mahkemelerin; hazır bulunmayan tanığın ifadesinin daha az önem arz ettiğinin bilincinde olduğunu göstermesi gerekmektedir (karşılaştırınız, yukarıda adı geçen *Al-Khawaja ve Tahery*, § 157, veyukarıda adı geçen *Bobeş*, § 46). Bu bağlamda Mahkeme; yerel mahkemenin,hazır bulunmayan tanık ifadesini güvenilir delil olarak kabul etmesinin arkasındaki gerekçeyi detaylı olarak ortaya koyup koymadığını ve eldeki diğer delilleri dikkate alır.(bkz.yukarıda adı geçen *Brzuszczyński*, §§ 85-86 ve 89; yukarıda adı geçen *Prăjină*, § 59; ve yukarıda adı geçen *Nikolitsas*, § 37). Aynı doğrultuda; yargılamayı yürüten hakim tarafından, hazır bulunmayan tanık deliline ilişkin nasıl bir pozisyon alınacağına ilişkin jüriye yö-

neltilen talimatlar da dikkate alınacaktır.(bkz., yukarıda adı geçen*Sellick ve Sellick*, , § 55).

127. Bu bağlamda;ek bir güvence de, hazır bulunmayan tanığın soruşturma aşamasındaki sorgusunun bir video kaydıyla mahkemede gösterilmesidir. Bu sayede mahkemenin, iddia makamı ve savunmanın, tanığın sorgu altındaki tutum ve davranışlarını gözlemlemek ve tanığın güvenilirliğine ilişkin kendi izlenimlerini oluşturmalarına imkan verilmiş olur. (bkz.yukarıda adı geçen*A.G. v. İsveç*,; *Chmura v. Polanya*, no. 18475/05, § 50, 3 April 2012; *D.T. v. Hollanda*(dec.), no. 25307/10, § 50, 2 Nisan 2013; yukarıda adı geçen *Yevgeniy Ivanov*, , § 49; *Rosin v. Estonya*, no. 26540/08, § 62, 19 Aralık 2013; ve *Gonzáles Nájera v.İspanya*(dec.), no. 61047/13, § 54, 11 Şubat2 014).

128. Dikkate alınması gereken bir diğer güvence ise; doğrudan doğruya tartışılmamış tanık beyanını destekleyici mahiyetteki delillerin, mahkeme aşamasındaki varlığıdır. (diğerlerinin yanı sıra Bkz. *Sicã v. Romanya*, no. 12036/05, §§ 76-77,9 Haziran 2013; yukarıda adı geçen *Brzuszczyński*, , § 87; veyukarıda adı geçen *Prăjină*, , §§ 58 ve 60). Bu deliller, başkaca diğerlerinin yanı sıra; olayların meydana gelmesinden hemen sonra, hazır bulunmayan tanık tarafından olayların aktarıldığı kişilerin yargılama esnasındaki beyanları, (Bkz. yukarıda adı geçen *Al-Khawaja ve Tahery*, § 156; yukarıda adı geçen *McGlynn*, § 24; yukarıda adı geçen *D.T. v. Hollanda*, § 50; veyukarıda adı geçen *Gonzáles Nájera*, § 55), adli tıp delilleri (Örneğin Bkz. yukarıda adı geçen *McGlynn*, § 24 (DNA delili)), veya suç mağdurunun maluliyeti veya güvenilirliğine ilişkin uzman görüşleri (karşılaştırınız; yukarıda adı geçen*Gani*, § 48; yukarıda adı geçen *Gonzáles Nájera*, § 56; ve yukarıda adı geçen *Rosin*, § 61) gibi suça ilişkin elde edilmiş diğer fiili delillerdir. Mahkeme ayrıca; hazır bulunmayan tanığın suçun işlendiğine ilişkin ifadesi ile güçlü benzerlikler gösterenve hazır bulunmayan tanık ile aralarında muvazaalı bir işbirliği olduğuna ilişkin delil olmayan diğer tanıkların ifadelerini de, destekleyici delil olarak kabul etmiştir. Mezkur tanığın, yargılama esnasında ifadesini vermesi ve çapraz sorgu ile güvenilirliğinin test edilmesi durumunda, bu tespit daha da geçerli kabul edilecektir (karşılaştırınız; yukarıda adı geçen *Al-Khawaja ve Tahery*, § 156).

129. Ayrıca, tanığın hazır bulunmadığı ve yargılama esnasında sorgusunun yapılamadığı hallerde; savunmaya tanınan önemli bir güvence de, savunmanın sorularını dolaylı olarak, söz gelimi yazılı biçimde, tanığa yönlendirebilmesidir. (Bkz. yukarıda adı geçen *Yevgeniy Ivanov*, § 49, ve *Scholer v.Almanya*, no. 14212/10, § 60, 18 Aralık 2014).

130. Yargılama esnasında doğrudan doğruya tartışılmamış ve sorgulanmamış tanık ifadesinin, savunma açısından doğurduğu elverişsiz durumu telafi edecek nitelikteki bir diğer güvence de, soruşturma aşamasında başvurucuya veya sanık müdafiine, tanığa soru yöneltme imkanının tanınmasıdır. (Bkz., diğerlerinin yanı sıra, yukarıda adı geçen*A.G. v. İsveç*, yukarıda adı geçen *Gani*, § 48; veyukarıda adı geçen*Şandru*, § 67). Bu bağlamda Mahkeme; soruşturma yetkililerinin tanığın kovuşturma aşamasında dinlenmemesine karar vermesi halinde, savunmaya, mağdura soru yöneltme imkanının tanınması gerektiği kanaatindedir. (Bkz. yukarıda adı geçen*Rosin*, §§ 57 ve sonrakiler, özellikle §§ 57 ve 60, ve *Vronchenko*, §§ 61 ve 63, her ikisi de cinsel taciz mağduru çocukların ruhsal sağlıklarının korunması amacıyla duruşmada hazır bulunmaması ile ilgilidir; ve karşılaştırınız *Aigner v.*yukarıda adı geçen *Avusturya*, no. 28328/03, §§ 41-42, 10 Mayıs 2012, ve *Trampevski*, § 45). Böylesiyargılama öncesi oturumlar; önemli bir tanığın yargılama esnasında ifade veremeyecek durumda olması riskini bertaraf etmek için yapılmaktadır. (Bkz. yukarıda adı geçen *Chmura*, § 51).

131. Sanığa ayrıca olayları kendi perspektifinden anlatması ve hazır bulunmayan tanığın ifadesinin, diğer tanık ifadeleri ile çelişkilerine dikkat çekerek bu ifadelerin güvenilirliğine ilişkin şüphe uyandırması imkanının tanınması gerekmektedir. (Bkz. *Aigner*, yukarıda belirtilmiştir, § 43; *D.T. v. Hollanda*, yukarıda belirtilmiştir, § 50; *Garofolo*, yukarıda belirtilmiştir, § 56; ve *Gani*, yukarıda belirtilmiştir, § 48). Tanığın kimliğinin savunmaca bilinmesi durumunda, her ne kadar doğrudan ve yüz yüze sorgulama ve tartışma kadar etkili olmasa da, savunma, tanığın yalan söyleme sebebini araştırabilir ve tespit edebilir ve bu sayede tanığın güvenilirliğine karşı çıkabilir. (Bkz. *Tseber*, yukarıda belirtilmiştir, § 63; *Garofolo*, yukarıda belirtilmiştir, § 56; *Sicã*, yukarıda belirtilmiştir, § 73; ve *Brzuszczyński*, yukarıda belirtilmiştir, § 88).

2.Bu ilkelerin mevcut davaya uygulanması

(a) Tanık O. ve P.'nin duruşmada hazır bulunmamasının haklı bir gerekçesi olup olmadığı

132. Somut olayda Mahkeme öncelikle; yerel mahkemenin perspektifinden, soruşturma tanıkları O. ve P.'nin kovuşturma aşamasında hazır bulunmamasının ve hazır bulunmayan tanıkların tartışılmamış ifadelerinindelil olarak kabul edilmesinin haklı bir gerekçesi olup olmadığını inceleyecektir (Bkz. yukarıdaki 119. paragraf).

133. Bölgesel mahkemenin, tanıkların duruşmada hazır bulunmasını sağlamamasında haklı fiili veya hukuki gerekçeleri bulunup bulunmadığını değerlendirirken; başlangıç olarak Mahkeme; başvurucunun da haklı

olarak vurguladığı gibi, Bölgesel mahkemenin, tanıkların hazır bulunmamaları için öne sürdükleri sağlık veya korku nedenlerini kabul etmemiş olduğunu belirtir.

134. Bu durum, Bölgesel mahkemenin 29 Ağustos 2007 tarihli müzekkere ile Letonya'da bulunan tanıklarıduruşmaya çağırmasından da (tanıklar, mahkemenin önceki celplerine, post-travmatik duygusal ve psikolojik bozukluklarını gösterir tıbbi belgelere istinaden olumsuz yanıt vermelerine rağmen) açıkça anlaşılmaktadır. (Bkz. yukarıdaki 23-24 numaralı paragraflar). Bunun yanı sıra; tanıkların halen post-travmatik stres bozukluğu yaşadıklarını gösterir tıbbi belgelere istinaden Letonya Mahkemesince tanıkların dinlenmesinden vazgeçilmesine müteakip, Bölgesel mahkeme, Alman Ceza Usul Kanunu uyarınca tanıkların ifade vermeyi reddetme gerekçelerinin yeterli delillerle ortaya konmadığını Letonya mahkemesine bildirmiştir. Bölgesel mahkeme, bu doğrultuda, tanıkların ifade verecek sağlık ve duygu durumunda olup olmadıklarının tespiti için medikal bilirkişinin görevlendirilmesini veya alternatif olarak tanıkların zorla getirilmesini Letonya mahkemesine görüş olarak bildirmiştir. Letonya mahkemesi, bu önerilere cevap vermemiştir. (Bkz. yukarıdaki 26-27 numaralı paragraflar).

135. Tanıkların mahkemede hazır bulunmalarına ve vicahen dinlenmelerine ilişkin bu çabaların sonuç vermediği anlaşıldıktan sonradır ki Bölgesel mahkeme; yakın gelecekte tanıkların mahkemede dinlenmeleri yolunda aşılmaz engellerin olduğu tespitini yapmıştır. Bölgesel mahkeme,Ceza Usul Kanununun 251 §§ 1 (2) ve 2 (1) maddeleri uyarınca, tanıkların soruşturma aşamasındaki ifadelerinin, kovuşturma aşamasında delil olarak kabulünü ancak bu tespitten sonra kabul etmiştir. (Bkz. yukarıdaki paragraf 28). Bölgesel mahkemenin bu tedbiri almasının nedeni; tanıkların, yargılamayı yapan mahkeme açısından ulaşılamaz olması ve-Almanya'da bulunan mahkemenin, Letonya'da ikamet eden tanıkları zorla getirme yetkisinin bulunmamasıdır. (Yani bu neden, usuli veya hukuki bir gerekçeye dayanmaktadır.) Yoksa, tanıkların sağlık ve psikolojik durumları veya korkularından (maddi veya fiili bir gerekçe) dolayı değildir.

136. Ulaşılamama sebebiyle hazır bulunmayan soruşturma tanıklarına ilişkin Mahkeme;yargılamayı yürüten mahkemenin,tanıkların katılımını sağlamak adına elinden gelen bütün çabayı gösterip göstermediğini incelemelidir. (Bkz. yukarıdaki paragraf 120). Bu bağlamda Mahkeme; Bölgesel mahkemenin, tanıklar O. Ve P.'nin, savunma, mahkemenin kendisi ve iddia makamı tarafından dinlenebilmeleri ve sorgulanabilmeleri için hatırı sayılır girişimlerde bulunduğu tespitini yapmaktadır.

137. Her bir tanık tarafından, Almanya'daki duruşmada ifade vermeyi reddetme gerekçesi olarak öne sürülen ve tıbbi belgelere dayanan gerekçeler Bölgesel mahkeme tarafından eleştirel bir gözle incelenmiş ve bu gerekçeler, yukarıda da belirtildiği gibi, tanıkların hazır bulunmamalarını haklı göstermek adına yeterli bulunmamıştır. Bölgesel mahkeme, tanıklara kişisel olarak ulaşıp, duruşmada ifade vermeleri için farklı seçenekler sunmuş ancak bu seçenekler tanıklar tarafından reddedilmiştir.

138. Bölgesel mahkeme, bu gelişmelerin ardından, uluslararası adli yardım talebinde bulunmuş ve tanıkların Letonya mahkemesi huzurunda video konferans yöntemi ile Bölgesel mahkeme başkanı tarafından sorgulanması ve savunma tarafından çapraz sorguya tabi tutulması için Letonya mahkemesine talepte bulunmuştur. Ne var ki; mezkur talep, tanıkların sunmuş olduğu tıbbi belgelerde yer alan hazır bulunmama gerekçelerini kabul eden Letonya mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bölgesel mahkeme, bunun üzerine, tanıkların hazır bulunmama gerekçelerini yukarıda da belirtildiği gibi yeniden eleştirel bir gözle değerlendirmiş ve hatta Letonya mahkemesine, tanıkların ifade verecek sağlık ve duygu durumunda olup olmadıklarının tespiti için medikal bilirkişinin görevlendirilmesi veya alternatif olarak tanıkların zorla getirilmesi önerisini bildirmiş, ancak bu öneriye bir cevap alamamıştır. (Bkz. yukarıdaki 23-27 numaralı paragraflar).

139. Bu değerlendirmelerin ışığında Büyük Daire; ilgili Ceza Dairesinin, Bölgesel mahkemenin mevcut hukuki çerçevede (bkz. paragraf 64-66) tanıklar O. ve P.'nin dinlenmeleri için elinden gelen bütün çabayı gösterdiğine ilişkin tespitini paylaşmaktadır. Bölgesel mahkemenin, Letonya vatandaşı olan ve Letonya'da ikamet eden tanıklar O. ve P.'nin duruşmaya katılmalarını sağlamak adına, Almanya'da, yetkisi dahilinde başka usuli imkanları yoktur.Mahkeme; başvurucu tarafından teklif edilen bir usul olan, tanıkların Letonya ile siyasi düzeyde devam eden temaslar neticesinde mahkemede dinlenebilmelerinin, öngörülebilir bir zaman dilimi içerisinde mümkün olduğuna ilişkin bir emare bulunmadığını değerlendirmektedir. Bu durumda *impossibilium nulla est obligatio* prensibi (imkansızlık sorumluluğu ortadan kaldırır prensibi) doğrultusunda; tanıkların hazır bulunmaması, yerel mahkemenin kusuruna atfedilemeyecektir.

140. Bu itibarla;yargılamayı yürüten mahkemenin perspektifinden bakıldığında; tanıklar O. ve P.'nin hazır bulunmamasında ve hazır bulunmayan bu tanıkların kovuşturma öncesinde kolluğa ve soruşturma savcısına vermiş olduğu ifadelerin delil olarak kabulünde haklı bir gerekçe bulunmaktadır.

(b) Hazır bulunmayan tanık ifadesi delilinin, başvurucunun mahkumiyetinde yegane veya belirleyici olup olmadığı

141. Hazır bulunmayan tanık ifadesi delilinin ağırlığını ve bu delilin başvurucunun mahkumiyetinde yegane veya belirleyici olup olmadığını tayin ederken, Mahkeme öncelikle yerel mahkemenin değerlendirmelerini dikkate alır. Bu doğrultuda; Bölgesel mahkemenin; O. ve P.'nin yargılama bakımından kilit önem arz ettiğini (*"maßgebliche[n] Belastungszeugin-nen"*) değerlendirmekle birlikte, eldeki diğer delillere de dayandığı tespitini yapar (Bkz. paragraf 32 ve 26).Oysa Federal Adalet Divanı, başvurucunun temyiz talebini reddederken, Federal Başsavcılıkça öne sürülen gerekçelere genel bir atıf yapmakla yetinmiştir. Federal Başsavcılık; Bölgesel mahkeme, kararını başkaca önemli delillere dayandırdığı için, mezkur tanık ifadelerinin başvurucunun mahkumiyetinde yegane veya belirleyici delil olmadığını savunmuştur (Bkz. yukarıdaki paragraf 49).

142. Mahkeme; O. ve P.'nin tanık ifadelerini başvurucu aleyhine yegane (başka bir deyişle tek) delil olarak kabul etmeyen yerel mahkemelerin, mezkur delillerin *Al Khawaja ve Taheryi*çtihadında (ki bu içtihad, yerel mahkemelerin somut olaydaki kararlarından sonra yayınlanmıştır.) tanımlandığı biçimde 'belirleyici' olup olmadığını (yani davanın neticesini etkileyecek önem ve ağırlıkta olup olmadığını) açıkça ortaya koyamadığı kanaatindedir. (Bkz. yukarıdaki paragraf 123).Oysa Bölgesel mahkemenin tanıkları '*maßgeblich*' ('anahtar' 'kilit önemde' 'önemli' 'belirleyici' olarak tercüme edilebilir.) olarak sınıflandırması, bu bağlamda şüpheye yer bırakmayacak bir tespittir. Üstelik; Federal Adalet Divanı'nın, Federal Başsavcılık tarafından öne sürülen; mağdur ifadelerinin başvurucunun mahkumiyeti için yegane veya belirleyici delil olmadığınailişkin gerekçelere (Bkz. yukarıdaki paragraf 49) genel bir atıf yapması, savcılık tarafından öne sürülen bütün iddiaların mahkemece otomatikman onaylandığı anlamına gelmemektedir.

143. Mahkemenin; yerel mahkemenin bulguları ışığında tanık delilinin ağırlığını değerlendirirken, suçun sübutuna yönelik ek delillerin kuvvetini de dikkate alması gerekmektedir. (yukarıdaki paragraf 123). Mahkeme, Bölgesel mahkemeye suça ilişkin şu ek delillerin sunulmuş olduğu tespitini yapar: tanıkların komşusu E. ve arkadaşları L.'nin;O. ve P. nin 3 Şubat 2007 tarihindeki olayı kendilerine nasıl aktardığına ilişkin, doğrudan görgüye dayanmayan beyanları; yargılama esnasında başvurucunun olay anında O. ve P.'nin dairesinde bulunduğuna ve P.'yi takip etmek için balkondan atladığına ilişkin ikrarı; başvurucu ve diğer sanık arasında, suçun işlendiği vakitte yapılmışiki cep telefonu görüşmesinincoğrafi veri-

leri ve kayıtları (ki bu veriler ve kayıtlar, başvurucunun suç mahalli olan dairede olduğunu ve evden kaçmakta olan daire sakininikovalamak üzere balkondan atladığını ortaya koymaktadır.); sanıklardan birinin arabasının, olay anında tanıkların dairesinin yakınında park halinde bulunduğunu ortaya koyan GPS kayıtları; ve son olarak başvurucu ve suç ortağı tarafından 14 Ekim 2006 tarihinde Kassel'de işlenen suça ilişkin deliller.

144. Bu delilleri göz önünde bulunduran Mahkemenin elinden; incelemeye konu suçun tek tanığının O. ve P. olduğunu belirtmekten başka bir şey gelmemektedir.Yargılamayı yürüten mahkemelere sunulan diğer deliller ise doğrudan görgüye dayanmayan, kulaktan dolma ifadeler ve yalnızca talidelil olarak nitelendirilebilecekteknik deliller ile soygun veya gasp suçunu sübuta erdirmeyen diğer delillerdir. Bu hususlar ışığında; Mahkeme; hazır bulunmayan tanık ifadelerinin, 'belirleyici', yani başvurucunun mahkumiyeti açısından tayin edici nitelikte olduğunu değerlendirmektedir.

(c) Savunmanın maruz kaldığı elverişsiz konumu telafi edici nitelikte güvencelerin bulunup bulunmadığı

145. Mahkeme; üçüncü bir adım olarak, hazır bulunmayan tanık ifadesinin belirleyici delil olarak kabulünün, savunmayı düşüreceği elverişsiz konumu telafi edici nitelikte güvencelerin bulunup bulunmadığını belirlemelidir. Yukarıda gösterildiği gibi (bkz. paragraf 125-131), bu belirlemenin yapılmasında şu hususlar önem arz etmektedir:yargılamayı yürüten mahkemenin tartışılmamış delile yaklaşımı, suçun sübutuna yönelik başkaca delillerin var olup olmadığı ve kuvveti, yargılama esnasında tanığı doğrudan çapraz sorguya alma fırsatının yokluğunu telafi etmek için alınmış usuli tedbirler.

(i) Yargılamayı yürüten mahkemenin, tartışılmamış delillere yaklaşımı

146. Mahkeme; yerel mahkemelerin, hazır bulunmayan tanıklar O. ve P.'nin ifadelerine ilişkin yaklaşımı hakkında şu değerlendirmeyi yapar: Bölgesel mahkeme, mezkur delillere ihtiyatla yaklaşmıştır. Bölgesel mahkeme, kararında açıkça tanıkların güvenilirliğini itina ile değerlendirmekle yükümlü olduğunu, zira ne savunmanın ne de mahkemenin, yargılamada doğrudan doğruya tanıkları sorgulama ve tanığın tutum ve davranışlarını gözlemleme fırsatı bulamadığını belirtmiştir.

147. Bu bağlamda Mahkeme; Bölgesel mahkemenin yargılama esnasında, sorgu hakimi tarafından yapılan tanık sorgusunun video kaydını izleme fırsatı olmadığını, zira böyle bir kaydın yapılmamış olduğunu be-

lirtir. Mahkeme; farklı hukuk sistemlerindeki kovuşturma makamlarının; hem kendilerine, hem de savunma ve iddia makamına, tanığın sorgu esnasındaki tutum ve davranışlarını gözlemleme ve tanığın güvenilirliğine ilişkin açık bir izlenim edinme imkanı tanıyan bu çareye (yukarıda paragraf 127'de yer alan örneklerle karşılaştırınız) başvurduğunu belirtmektedir.

148. Bölgesel mahkeme, kapsamlı bir biçimde gerekçelendirilmiş kararında; doğrudan doğruya tartışılmamış delillerin, ispat gücünün azaldığının farkında olduğunu açıkça belirtmiştir. Bölgesel mahkeme;O. ve P. tarafından soruşturma aşamasında verilenbirbirinin tekrarı niteliğindeki ifadelerin içeriklerini karşılaştırmış ve tanıkların, suçu oluşturan maddi vakalara ilişkin detaylı ve birbiri ile tutarlı açıklamalarda bulunduğunu tespit etmiştir. Yargılamayı yürüten mahkeme, tanık ifadelerindeki küçük çelişkilerin, tanıkların mesleki faaliyetlerini yetkililere ifşa etme hususundaki kaygıları ile açıklanabileceğini değerlendirmiştir. Ayrıca mahkeme; tanıkların başvurucuyu teşhis edememesinin, tanık ifadelerinin doğrudan başvurucuyu suçlamak maksadı ile verilmediğini gösterdiğini belirtmiştir.

149. Mahkeme; Bölgesel mahkemenin, tanıkların güvenilirliğini değerlendirirken ayrıca ifadeleri ile bağlantılı tutum ve davranışlarını da farklı açılardan incelemiş olduğunu tespit eder.Söz gelimi Bölgesel mahkeme; tanıkların suçu kolluğa anında ihbar etmemelerini ve duruşmalara uygun bir mazeret göstermeksizin katılmamalarını da dikkate almıştır. Bölgesel mahkeme; tanıkların bu eylemlerine ilişkin açıklamalarının (tanıkların, başlarının kolluk ile derde girmesinden veya faillerin intikam almasından korkmaları ve suçu hatırlamaktan ve suça ilişkin sorgulanmaktan çekinmeleri)tanıkların güvenilirliğini etkilemediğini değerlendirmiştir.

150. Yukarıdaki bilgiler ışığında Mahkeme; Bölgesel mahkemenin, hazır bulunmayan tanıkların ve bu tanıkların ifadelerinin güvenilirliğini dikkatli bir şekilde incelemiş olduğukanaatindedir. Mahkeme bu bağlamda kendi yükümlülüğünün; (yargılamayı yürüten mahkemenindoğrudan doğruya tartışılmamış delillere yaklaşımını gözden geçirme yükümlülüğü) Bölgesel mahkeme tarafından kolaylaştırıldığını, zira Kıta Avrupası hukuk sisteminde genellikle olduğu gibi, Bölgesel mahkemenin, huzuruna gelen delillerin değerlendirilmesini halihazırda gerekçelendirmiş olduğunu belirtir.

(ii) Suçun sübutuna yönelik başkaca delillerin bulunup bulunmadığı ve bu delillerin kuvveti

151. Mahkeme; O. ve P. Tarafından verilen ifadeleri destekler nitelikte

ve suçun sübutuna yönelik bir kısım maddi ve doğrudan görgüye dayanmayan delilin de Bölgesel mahkemeninhuzuruna geldiği tespitini yapar.

(iii) Yargılama esnasında tanığı doğrudan çapraz sorguya alma fırsatının yokluğunu telafi etmek için alınmış usuli tedbirler.

152. Mahkeme; başvurucuya 3 Şubat 2007 tarihli olayları -kendi yararına olacak şekilde- kendi perspektifinden anlatabilme, kimlikleri kendisi tarafından bilinen tanıkların güvenilirliğini şüpheye düşürme ve yargılama esnasında doğrudan görgüye dayanmayan tanık ifadelerini çapraz sorguya tabi tutma imkanınıntanındığı tespitini yapar.

153. Ne var ki Mahkeme; başvurucuya, tanıklarO. ve P.'ye dolaylı olarak -söz gelimi yazı ile- soru yöneltme imkanının tanınmadığını belirtir. Dahası, soruşturma aşamasında da ne başvurucuya ne de avukatına, tanıklara soru yöneltme imkanı tanınmamıştır.

154. Bu bağlamda Mahkeme; başvurucuya savunma avukatı atanmasının ve avukatın tanıkların sorgu hakimi huzurundaki ifadesine katılımının reddinin iç hukuka uygun olup olmadığı hususunda tarafların anlaşmazlığa düştüğü tespitini yapar. Ne var ki Mahkeme; kendi denetiminin amacı bakımından bu soruya ilişkin nihai bir karar vermeningerekli olmadığını değerlendirmektedir.Mahkeme; İHAS Madde 6'ya uygunluğu denetlerken; yerel mahkemelerin iç hukuka uygun davranıp davranmadığının denetlenmesinin kendi görevi olmadığını (karşılaştırınız; *Schenk v.İsviçre*, 12 Temmuz 1988, § 45, Series A no. 140; *Jalloh v.Almanya*[-GC], no. 54810/00, § 94, ECHR 2006-IX; ve *Heglas v. Çek Cumhuriyeti*, no. 5935/02, § 84, 1 Mart 2007), kendi görevinin somut olayın şartlarını ve delillerin hukuka uygun elde edilip edilmediğini (yukarıdaki 101 numaralı paragraf ile karşılaştırınız) inceleyerek, yargılamanın bütünü itibari ile adil olup olmadığını değerlendirmek olduğunu tekrar eder.

155. Mahkeme somut olayda;Alman Hukuku uyarınca başvurucuya soruşturma makamları tarafından bir avukat atanmış olmasının daha iyi olacağını tespit etmekle yetinir. (Ceza Usul Kanunu Madde 141 § 3; Madde 140 § 1 ile bağlantılı olarak okuyunuz). Zira atanmış avukat, tanıkların sorgu hakimi huzurundaki ifadesinde hazır bulunma hakkına sahip olacak ve kural olarak bu sorgudan haberdar edilecekti.(Ceza Usul Kanunu Madde 168c §§ 2 ve 5)Ne var ki; Ceza Usul Kanununda yer alan ve kapsamı Federal Adalet Divanı tarafından genişletilen bu usuli güvenceler, başvurucunun olayında işletilmemiştir.

156. Mahkeme; İHAS Madde 6 § 3 (d) uyarınca; soruşturma tanıklarının kovuşturma aşamasında ve duruşma esnasında çapraz sorguya tabi

tutulması gerektiğinivurgular. Zira; soruşturma aşamasında tanık ifadelerinin nasıl alındığı ve sorgularının nasıl yapıldığı, yargılamanın bütünü itibari ile adil olup olmadığı bakımından büyük önem arz etmektedir. Kilit önemdeki tanıkların yargılamayı yürüten mahkeme tarafındandinlenememesi ve bu sebeple soruşturma aşamasında toplanan delillerin tartışılmaksızın doğrudan kovuşturmaya aktarılması, pek çok durumda yargılamanın bütünü itibari ile adil olmamasına sebebiyet verecektir. (yukarıda yer alan paragraf 104 ile karşılaştırınız).

157. Böylesi durumlarda; soruşturma aşamasındaki tanık sorgusunun, tanıkların kovuşturma aşamasında her nasılsa dinlenmeyecekleri varsayımı ile mi yürütüldüğünün belirlenmesi, yargılamanın bütünü itibari ile adil olup olmadığının tespiti için hayati önemdedir. Soruşturma makamları, şayet makul bir değerlendirme neticesinde tanıkların kovuşturma aşamasındadinlenemeyecekleri kanısında ise; savunmaya, soruşturma aşamasında mezkur tanıklarasoru yöneltme imkanının tanınması bir zorunluluktur. (karşılaştırınız; yukarıda adı geçen*Vronchenko*, §§ 60 ve devamı ve yukarıda adı geçen *Rosin*, §§ 57 ve devamı;soruşturma aşamasında; cinsel suç mağduru çocuklara,yargılamanın herhangi bir aşamasında, suça ilişkin herhangi bir sorununbir daha yöneltilmeyeceği sözü verilmiştir).

158. Bu bağlamda Mahkeme; Bölgesel mahkemenin, tanıkların hazır bulunmamasının öngörülebilir olmadığına ilişkin değerlendirmesine başvurucunun karşı çıktığı tespitini yapar. Mahkeme; tanıkların sorgu hakimi tarafından dinlenmegerekçesinin; tanıkların Letonya'ya hızlı geri dönüşleri dikkate alındığındadelillerin kaybolma riski bulunduğuna ilişkin soruşturma makamlarının görüşüne dayandığı hususunda Başvurucu ile aynı kanaattedir. Soruşturma makamının bu kaygısı;kovuşturma aşamasında kullanılmak üzere, tanıklar O. ve P.'nin gerçek ifadelerininhızlıca sorgu hakimi tarafından alınması talebinin gerekçesinden de anlaşılmaktadır (bkz. yukarıdaki 20.paragraf).Bu bağlamda Mahkeme; Cezai Usul Kanunu Madde 251 § 1 uyarınca, kolluk tarafından ifadesi alınan bir tanığa ilişkin yapılan işlemlerin tutanaklarının, sorgu hakimi tarafından ifadesi alınan bir tanığa ilişkin yapılan işlemlerin tutanaklarına kıyasla daha titiz bir şekilde duruşmada incelenmesi gerektiğini tespit etmiştir (Cezai Usul Kanunu Madde 251 § 1; Bkz. paragraf 61).

159. Mahkeme; soruşturma makamlarının, tanıklar O. ve P.'ninfailleri anında kolluğa ihbar etmemesinin nedeninin, başlarının kolluk ile derde girmesinden ve faillerin intikam almasından korkmaları, aileleri Letonya'da iken kendilerinin Almanya'da geçici bir süreliğine bulunmala-

rı, fırsatını bulur bulmaz en kısa zamanda Letonya'ya dönmek istemeleri olduğunun farkında oldukları tespitini yapar. Böyle bir durumda; soruşturma makamlarının, Almanya'da gelecekte gerçekleşecek bir duruşma esnasında -kovuşturma aşamasında- tanıkların dinlenemeyeceğine ilişkin öngörüleri isabetli görünmektedir.

160. Bu öngörülere rağmen soruşturma makamları; iç hukuk düzeni uyarınca da başvurucuya tanınması icap eden bir imkan olan; tanıklar O. ve P.'ye başvurucunun atanmış avukatı tarafından soruşturma aşamasında soru yöneltilebilmesi imkanını başvurucuya tanımamışlardır. Bu şekilde ilerleyerek, açıkça öngörülen ve daha sonra da gerçekleşen bir risk (ne başvurucunun ne de avukatının bir daha tanıklar O. ve P.'ye yargılamanın hiçbir aşamasında soru yöneltememeleri riski) almışlardır. (karşılaştırınız; sorgu hakimi tarafından dinlenen soruşturma tanıklarının avukat huzurunda ifade vermelerinin önemi, yukarıda adı geçen*Hümmer*, §§ 43 ve 48).

(iv) Yargılamanın bütünü itibari ile adil olup olmadığının değerlendirilmesi

161. Yargılamanın bütünü itibari ile adil olup olmadığını değerlendirirken Mahkeme, O. Ve P. tarafından ortaya konan delillerin, başvurucunun mahkûmiyeti için 'belirleyiciliğine' ilişkin tespiti ışığında; telafi edici güvence imkanlarının bulunup bulunmadığını dikkate alacaktır. (bkz. Paragraf 144)

162. Mahkeme, isnat olunan suça yönelik, yerel mahkemeye suçun sübutuna yönelik ek delillerin sunulmuş olduğu tespitini yapar. Ne var ki Mahkeme; yargılama esnasında tanıklara çapraz sorgu uygulama imkânı tanınmamasını telafi etmeye yönelik hiçbir usuli tedbir alınmadığını vurgular.Mahkemeye göre; sanığa en azından yargılama öncesi aşamada ifadesi alınan kilit bir tanığa karşı -avukatı vasıtasıyla- soru yöneltme hakkının tanınması;sanık haklarının korunması bağlamında önem arz eden ve eksikliği İHAS Madde 6 §§ 1 ve 3 (d)'ninihlalini doğuracak ve yargılamanın bütünü itibari ile adil olmamasına sebep olacak bir usuli güvencedir.

163. Yerel mahkemenin; hazır bulunmayan tanıkların ve tanık ifadelerinin güvenilirliğini dikkatle değerlendirdiği ve böylece tanıkların çapraz sorguya tabi tutulmamalarını telafi etmeye çalıştığı ve başvurucuya Göttingen'deki olayları kendi perspektifinden anlatabilme imkanını tanıdığı doğrudur. Ne var ki; sabit bulunan suçun tek tanıklarının ifadelerinin ne derece önemli olduğu dikkate alındığında; yerel mahkemenin uygulamaya çalıştığı telafi edici güvenceler, doğrudan doğruya tartışılmamış delillerin

güvenilirliğinin adil ve uygun bir biçimde değerlendirilebilmesi adına yetersiz kalmıştır.

164. Mahkeme, bu değerlendirmeler ışığında; başvurucuya, yargılamanın herhangi bir aşamasında, tanıklar O. Ve P.nin ifadelerini doğrudan doğruya tartışma ve sorgulama imkanı tanınmamasının, yargılamanın bütünü itibari ile adil olmaması sonucunu doğurduğu değerlendirmesini yapmaktadır.

165. Bu itibarla AİHS Madde 6 §§ 1 ve 3 (d)ihlal edilmiştir.

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

YURT DIŞI BORÇLANMASI • ALMAN RANT SİGORTASI

Özet: Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4. fıkrasında yer alan "bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman rant sigortasına girmiş olması halinde, Alman rant sigortasına girişi, Türk sigortasına giriş olarak kabul edilir." düzenlemesi nedeniyle davacının Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin Türkiye'deki sigortalılığın başlangıcı olarak kabul edilebilmesi için borçlanma işleminin yapılmasına gerek olmadığının kabulü gerekir.

Y. HGK E: 2014/454 K: 2016/481 T: 06.04.2016

Taraflar arasındaki "tespit" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; ... Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 01.03.2013 gün ve 2012/1155 E. - 2013/131 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay ... Hukuk Dairesinin 02.05.2013 gün ve 2013/6354 E. - 2013/9076 K. sayılı ilamıyla;

(...Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalı Kurum'un sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

Yurtiçi sigortalılık kayıt ve tescili bulunmayan, 28.04.2000 tarihi itibarıyla izinle çıkarak Türk Vatandaşlığını kaybeden 15.10.1975 doğumlu davacının, 28.06.2012 günlü borçlanma başvurusu, talep tarihinde Türk Vatandaşı olmadığı gerekçesiyle reddi üzerine, eldeki bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık süresini düzenleyen 5510 sayılı Yasanın 38. madde hükmü; malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcını; sigortalının, 5417, 6900, 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıkla-

ra veya bu Kanuna tâbi olarak malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edileceğini; kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresinin, 18 yaşının ikmal edildiği tarihte başlamış olacağını, bu tarihten önceki süreler için ödenen malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin, prim ödeme gün sayısı hesabına dahil edileceğini öngörürken, Uluslararası sosyal güvenlik sözleşme hükümlerinin saklı bulunduğu ifade edilmiştir.

Öte yandan, Anayasamızın 90/son maddesi uyarınca, yöntemince yürürlüğe konulmuş Uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde olduğu gibi, normlar hiyerarşisi yönünden uluslararası sözleşme kurallarına uygulamada yasal güç tanınmakta ve bu kuralların uygulanma önceliği de haiz bulunmaktadır.

10.04.1965 tarihli resmi gazetede yayımlanarak 01.11.1965 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin uzun vadeli sigorta kollarından olan "Malüllük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları(aylıkları)" başlıklı beşinci bölümde düzenlenen konuya ilişkin Ek Sözleşmenin 29. maddesi "Türk Sosyal Sigorta Mercii için aşağıdaki hususlar geçerlidir:

(4) Bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman rant sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına girişi, Türk Sigortasına giriş olarak kabul edilir. .." hükmünü öngörmüştür.

Anılan Uluslararası sözleşme hükmü ile, sözleşme hükmünün düzenlendiği bölüm birlikte değerlendirildiğinde; bir kimsenin Türk sigortasına girmeden önce, sözleşme hükmü kapsamında, malüllük, yaşlılık ve ölüm Sigortalarından Alman rant sigortasına girmiş bulunması halinde, rant sigortasına giriş tarihinin, Türk sigortasına giriş tarihi olarak kabul edilmesi gerekecektir.

Somut olayda, dava dosyası içerisinde yer alan tercümeli 16.11.2006 günlü Alman sigorta kurumuna ait sigorta cetvelinde, davaya konu yapılan ve rant sigortasına giriş tarihi olarak öngörülen 18 yaşın ikmal edildiği 15.10.1993 tarihini de içeren 15.10.1991-05.07.1992 tarihleri arası dönemde "Fachschulausbildun vorgemerkt (Yüksek Meslek Okulu)",06.07.1992-31.08.1992 tarihleri arası dönemde "Pflichtbeitrage Fachschulausbildun (zorunlu primler meslek yüksek okulu)", 01.09.1992-28.02.1995 tarihleri arası dönemde "Pflichtbeitrage berufliche Ausbildung (mesleki eğitimden dolayı zorunlu prim dönemi)" sürelerin dönü-

şümlü olarak kayıtlı bulunması karşısında; anılan sigorta hesabındaki kayıtlı sürelerin, yukarıda bahsedilen Uluslararası Ek Sözleşme hükmü kapsamında, uzun vadeli sigorta kollarından olan malüllük, yaşlılık ve ölüm Sigortalarından Alman rant sigortasına giriş niteliğinde bir sigortalılık süresi olup olmadığı usulünce araştırılmalıdır. Yapılacak araştırma neticesi, rant sigortası kapsamında bulunmadığının anlaşılması halinde, Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin sigorta başlangıcına dair yukarıdaki sözleşme hükmünün uygulanmasını gerektirecek nitelikteki rant sigortasına giriş tarihi açıkça belirlenmeli ve böylece davacı istemi bu çerçevede yeniden değerlendirilerek varılacak sonuca göre karar verilmelidir.

Öte yandan, Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin sigorta başlangıcına dair sözleşme hükmünün uygulanmasını gerektirecek nitelikte rant sigortasına giriş tarihi belirlendikten sonra; davacı tarafa yöntemine uygun şekilde verilecek mehille, belirlenen Alman Rant sigortasına giriş tarihini de içerecek şekilde ve borçlanma talep tarihindeki şartlar çerçevesinde yurt dışı borçlanması, 5510 sayılı Yasa'nın 4/1-b madde kapsamında öngörülen sigortalılık niteliğinde olmak üzere, usulünce sağlanmalı ve borçlanmanın varlığı halinde, sigorta başlangıcına hükmedilmelidir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın, eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, davacının sigorta başlangıç tarihinin, Alman Rant Sigortasına giriş tarihi olan 15.10.1993 tarihi olduğunun tesbiti ile Türk vatandaşı iken yurt dışında geçen borçlanmaya esas sürelerinden dilediği kadarını borçlanmaya hakkı olduğunun tesbiti istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davacının 23.12.1998 tarihli Bakanlar Kurulu izni ile Türk vatandaşlığından çıktığını, Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşme-

si gereğince sigorta başlangıcının 15.10.1993 olduğunu, davacının davalı Kuruma başvurarak Türk Vatandaşı olarak çalıştığı dönemi borçlanmak istediğini, ancak Kurum tarafından talep tarihinde Türk Vatandaşı olmaması nedeni ile talebinin reddedildiğini, bu hususun Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4. maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek, davacının sigorta başlangıç tarihinin Alman Rant Sigortasına giriş tarihi olan 15.10.1993 olduğunun tesbiti ile Türk vatandaşı iken yurt dışında geçen borçlanmaya esas sürelerinden dilediği kadarını borçlanmaya hakkı olduğunun tesbitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davacının borçlanma talebinde bulunduğu tarihte Türk vatandaşı olmadığından, yurt dışında Türk vatandaşı olarak geçirdiği çalışma sürelerini, 3201 sayılı Kanuna göre borçlanma imkânı bulunmadığını, bu nedenle yapılan işlemlerin 3201 sayılı Kanuna uygun olduğunu belirterek, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, sosyal güvenlik hakkının temel bir insan hakkı olup, Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin, Anayasamızın 90/son maddesinde öngörüldüğü şekilde temel hak ve özgürlüklere ilişkin hüküm içerdiği, normlar hiyerarşisi çerçevesinde değerlendirildiğinde usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma hükümlerinin Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı düzenlemesi ile milletlerarası antlaşma hükümlerinin uygulamada yasaların üzerinde olduğu ve uygulama önceliğine sahip bulunduğu, çatışma halinde uluslararası sözleşme hükmünün uygulanması gerektiği ve somut olayda uyuşmazlığın Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4. maddesine göre çözülmesi gerektiği, somut olayda Alman Sigorta Mercinin 16.11.2006 tarihli yurt dışı hizmet cetveline göre, davacının 15.10.1993 tarihinden itibaren Almanya'da sigortalı olarak çalışmaya başladığı, Türk vatandaşlığından izin ile çıkan ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşlığına haiz olmayan davacının Türk Vatandaşlık Kanunu'nun sosyal haklar bakımından vatandaş gibi kabul ettiği, ayrıca Türk vatandaşlığından izin ile çıkmadan önce yurt dışında gerçekleşen çalışma sürelerine ilişkin borçlanma hakkının, Türk Vatandaşlık Kanunu ile kişinin doğuştan kazandığı statüden doğan kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş kazanılmış hak olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş; davalı vekilinin temyizi üzerine karar Özel Dairece, yukarıda başlık bölümünde açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

Mahkemece, Alman Sigorta hizmet döküm cetvelinde SVN açıklamasıyla 11.799 DM 12 ay karşılığı prim yatırılması, Kurum tarafından

tahakkuk belgesi düzenlenirken bu sürenin borçlandırılan süre kapsamında bulunması ve Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4. maddesinde; "...Bir kimsenin Türk Sigortasına girişinden önce bir Alman Rant sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant sigortasına girişi Türk Sigortasına giriş kabul edilir." hükmünün öngörülmesi ve hükümde girişin niteliği konusunda herhangi bir nitelemenin bulunmaması karşısında yatırılan primin uzun vadeli sigorta kolları açısından Alman Rant Sigortasına giriş niteliğinde sigortalılık süresi olduğunun kabul edildiği; Kurumun ret kararı incelendiğinde, talep edilen sigorta başlangıç tarihinin Alman Rant Sigortasına giriş niteliğinde sigortalılık olmadığı gerekçesinin bulunmadığı; Kurum kayıtları incelendiğinde, SVN Sosyal Sigorta Belgeleri-Karnesi ile veya bilgi işlem düzenlemesiyle bildirilen süreler (Mecburi Primler) olarak tercüme edilmiş olduğu; Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 2. maddesinde, sözleşmenin konu itibariyle yürürlük sahası belirlenmiş olup, Almanya ile ilgili bölüme bakıldığında Türk Hukukundaki sigortalılık ayrımlarının olmadığı, uzun vadeli ve kısa vadeli sigorta kolları ayrımının bulunmadığı gerekçesiyle önceki kararında direnilmiş; hükmü davalı vekili temyize getirmiştir.

I- Yerel Mahkemenin, Özel Dairenin bozma ilamının "yurt dışında geçen çalışmaların Türkiye'de sigortalılık başlangıç tarihi kabul edilebilmesi için 3201 sayılı Kanun'a göre borçlanmanın yapılmasının gerekli olduğu" kısmı yönünden verdiği direnme kararının incelenmesinde;

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, yurt dışında geçen çalışmaların Türkiye'de sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmesi için 3201 sayılı Kanun'a göre borçlanmanın yapılmasının gerekli olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Konuyla ilgisi bakımından öncelikle sigortalılık süresinin başlangıcı kavramına açıklık getirilmelidir:

Uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık süresini düzenleyen 5510 sayılı Kanun'un 38. madde hükmü; malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcını; sigortalının 5417, 6900, 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıklara veya bu Kanuna tâbi olarak malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edileceğini; kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresinin, 18 yaşının ikmal edildiği tarihte başlamış olacağını, bu tarihten önceki süreler için ödenen malûllük, yaşlılık ve

ölüm sigortaları primlerinin, prim ödeme gün sayısı hesabına dâhil edileceğini öngörürken, uluslararası sosyal güvenlik sözleşme hükümlerini saklı tutmuştur.

Mülga 506 sayılı Kanun'un 108. maddesinde ise, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında nazara alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı, sigortalının, yürürlükten kaldırılmış 5417 ve 6900 sayılı Kanunlara veya bu Kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarih olarak belirtilmektedir.

Yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının sigortalılık başlangıcı yönünden, bulundukları ülke ile yapılan ikili uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde açık hüküm bulunmayan veya hiç sözleşme yapılmayan ülkelerde bulunanların durumu 3201 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının yurt dışında geçirdikleri çalışma sürelerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirilebilmesi amacıyla 22.05.1985 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un 5. maddesinde, borçlanma konusu hizmetlerinden sonra Türkiye'de tescili bulunan sigortalılar yönünden sigortalılık başlangıcı, tescil tarihinden itibaren borçlanılan süre kadar geriye gidilerek bulunacak tarih olacağı, hiç tescili olmayanlar için de, borcun tamamen ödendiği tarihten borçlanma süresi kadar geriye gidilerek bulunacak tarih olacağı kabul edilmekte iken; 17.04.2008 tarihli 5754 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile 3201 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen son fıkra ile sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz düzenlemesi ile yurt dışında geçen çalışmaların Türkiye'de sigortalılık başlangıcı sayılamayacağı kabul edilmiştir. Daha sonra 19.10.2014 tarihli 6552 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 3201 sayılı Kanun'un 5. maddesinin son fıkrasına "ancak, uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilir" cümlesi eklenerek, yurt dışında geçen ve uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan akit ülke ile yapılan sözleşmede özel hüküm bulunması halinde, yurt dışında geçen çalışmanın Türkiye'de sigortalılık başlangıç tarihi kabul edilebilmesi için sigortalılık süresinin borçlanılması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 10.04.1965 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.11.1965 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin uzun vadeli sigorta kollarından olan "Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları (aylıkları)" başlıklı beşinci bölüme, 02.11.1984 tarihinde imzalanıp 05.12.1985 tarihli 3241 sayılı Kanun ile onaylanıp yürürlüğe giren Ek Sözleşme ile getirilen sözleşmenin 29. maddesinin 4. bent hükmüne göre, bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce, bir Alman Rant Sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına giriş tarihi, Türk Sigortasına giriş tarihi olarak kabul edileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle Ek Sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendi hükmü uyarınca yurtdışında ilk defa çalışmaya başlanılan tarihin Türkiye'de sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Şu duruma göre, karşımıza, aynı konu hakkında bir tarafta iç hukuk alanında kabul edilen bir yasa kuralı diğer tarafta uluslararası sözleşmede yer alan farklı bir düzenleme çıkmaktadır. Bu sorunun kurallar kademelenmesindeki (Normlar Hiyerarşisindeki) sıralamaya göre çözümlenmesinde kuşku bulunmamaktadır.

2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinde 5170 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda, uluslararası temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümlerinin iç hukuk hükümleri ile çatışması halinde sözleşmeye öncelik verilmesi esası kabul edilmiştir. Bu kapsamda, "sosyal güvenlik hakkı"nın temel hak ve özgürlükler kapsamında bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla belirgin bulunmaktadır.

Anayasa'nın 90/son maddesinde öngörüldüğü üzere; yöntemine göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Öyle ki, bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine dahi başvurulamaz. Anayasa; böylece uluslararası sözleşmenin bir kuralını iç hukuk açısından "Yasa" gücünde görmüş "normlar hiyerarşisi" yönünden daha alt sırada kabul etmemiştir. Bu durumda denilebilir ki, uluslararası sözleşmenin bir kuralına, uygulanma açısından yasal güç tanımak Anayasal bir zorunluluktur. (HGK'nın 09.12.2015 gün ve 2015/10 – 1824 E., 2015/2903 K. sayılı kararı).

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4. fıkrasında yer alan "bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman rant sigortasına girmiş olması halinde, Alman rant sigortasına girişi, Türk sigortasına giriş olarak kabul edilir." düzenlemesi nedeniyle davacının Alman Rant Sigortasına giriş

tarihinin Türkiye'deki sigortalılığın başlangıcı olarak kabul edilebilmesi için borçlanma işleminin yapılmasına gerek olmadığının kabulü gerekir.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin Türk sigorta başlangıcı olarak kabulünün özünde söz konusu tarih itibariyle bir gün çalışıldığının kabulü anlamını da taşıdığını, bu nedenle Türk Sigorta başlangıcı olarak kabul edilen tarihe ilişkin sürenin fiilen borçlanılmış ve Türk sosyal güvenliği bakımından değerlendirilebilir hale getirilmiş olmasını aramanın yerinde olacağı, nitekim, 10.09.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 3201 sayılı Kanun'un 5/5. maddesine eklenen "ancak, uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilir." ek cümlesi ile de yurt dışında geçen çalışmaların Türkiye'de sigortalılık başlangıç tarihi sayılabilmesi için sigortalılık sürelerinin borçlanılması gerektiğinin kabul edildiği, bu nedenle direnme kararının bozulması gerektiği görüşü dile getirilmiş ise de, bu görüş, yukarıda belirtilen nedenlerle çoğunluk tarafından benimsenmemiştir.

O halde, yerel mahkemenin davacının Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin Türkiye'deki sigortalılığının başlangıcı olarak kabul edilebilmesi için borçlanma işleminin yapılmasına gerek olmadığına yönelik direnmesi yerinde olup, bu yöne ilişkin direnme kararı onanmalıdır.

II-Yerel Mahkemenin, Özel Dairenin bozma ilamının "davacının Alman Sigorta Kurumuna ait sigorta cetvelinde kayıtlı sürelerin, uzun vadeli sigorta kollarından olan malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından Alman rant sigortasına giriş niteliğinde bir sigortalılık süresi olup olmadığının tesbiti açısından araştırma yapılması gerektiği" kısmı yönünden verdiği direnme kararının incelenmesinde;

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacının Alman Sigorta Kurumuna ait sigorta cetvelinde kayıtlı 01.09.1992-28.02.1995 tarihleri arasındaki sürelerin, uzun vadeli sigorta kollarından olan malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından Alman rant sigortasına giriş niteliğinde bir sigortalılık süresi olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, yukarıda (I) numaralı bentte açıklandığı üzere, Anayasa'nın 90/son maddesi gereğince uygulama önceliğine sahip bulunan Almanya ile imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29.

maddesi uyarınca, sigortalılık başlangıç tarihinin, yurtdışında çalışmaya başlanılan tarih olduğunun tesbiti gerektiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Bu nedenle, uyuşmazlığın çözümü bakımından davacının 01.09.1992-28.02.1995 tarihleri arasında pflictbeitragszeit beruflich ausbildung (mesleki eğitimden dolayı zorunlu prim) ödenmiş çalışmalarının niteliğinin tesbiti önemlidir.

Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4. maddesinde, bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce, bir Alman Rant Sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin, Türk Sigortasına giriş tarihi olarak kabul edileceği açıkça ifade edilirken; aynı sözleşmenin 27. maddesinde ise, her iki akit taraf mevzuatına göre nazara alınabilecek sigortalılık sürelerinin varlığı halinde, uygulanacak mevzuata göre yardım hakkının doğmasında, diğer akit taraf mevzuatına göre geçen ve aynı zamana rastlamayan, hesaba dahil edilebilir nitelikteki sigortalılık sürelerinin de nazara alınacağı; sigortalılık sürelerinin hangi ölçüde hesaba dahil edilebileceğini ise, hesaba dahil edilebilirliğini tayin eden mevzuata göre tespit edileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, 3201 sayılı Kanun da, Türk vatandaşlarının yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri halinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirileceğini öngörmüştür.

Alman Sosyal Güvenlik Sistemine ilişkin temel yasaların toplandığı toplam 12 kitaptan oluşan Sosyal Kanun'un (SGB-Sozialgesetzbuch/ Sosyal Kanun Kitabı), Yasal Emeklilik Sigortası (Gesetzliche Rentenversicherung) adını taşıyan VI. Kitabının konuya ilişkin "Mecburi Sigortalı Olan Kişiler" başlıklı birinci bölümün 1. maddesinde, zorunlu sigorta kapsamında olan kişilerin; tüm çalışanlar (işçi ve müstahdemler), meslek eğitimi gören çıraklar, kayıtlı atölyelerde çalışan özürlüler, askerliğini yapanlar ya da sivil hizmetini yerine getirenler, bazı serbest çalışanlar (öğretmenler, öğretim görevlileri, eğitmenler, bakım görevlileri, ebeler, zanaatkarlar, sanatçı ve yazarlar), sigortalı başka birini çalıştırmayan serbest çalışanların, yasal emeklilik sigortası kapsamına girebildikleri kabul edilmektedir (Şeniz Özmert Koçer, Almanya Federal Cumhuriyeti Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sistem İçerisinde Sosyal Sigorta Uygulamaları Uzmanlık Tezi, Ankara-2014, s. 56).

Yine aynı kitabın yasal aylık sürelerini düzenleyen beşinci başlığını taşıyan 55. maddesi de, "prim ödeme süreleri, mecburi veya isteğe bağlı sigorta primlerinin ödendiği sürelerdir. Özel kanunlara göre ödenmiş kabul edilen mecburi sigorta primlerine ilişkin sürelerde de, mecburi sigorta primlerinin ödendiği süreler olarak kabul edilir." hükmünü içermektedir. Öte yandan, davalı Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından benzer nitelikteki dava dosyalarına gönderilen yazılarına ekli Türkçe'ye tercüme edilmiş Alman Sigorta Mercii yazısında da "pflictbeitragszeit beruflich ausbildung (mesleki eğitimden dolayı zorunlu prim)" olduğu belirtilmektedir.

Somut olayda, davacının 01.09.1992-28.02.1995 tarihleri arasındaki dönemde yurt dışında mesleki eğitimden dolayı ödediği zorunlu primlerin, Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin uzun vadeli sigorta kollarından olan "Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları (aylıkları)" başlıklı beşinci bölüme 02.11.1984 tarihinde imzalanıp 05.12.1985 tarihli 3241 sayılı Kanun ile onaylanıp yürürlüğe giren Ek Sözleşme ile getirilen sözleşmenin 29. maddesi hükmü kapsamında, uzun vadeli sigorta kollarından olan malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından Alman rant sigortasına giriş niteliğinde bir sigortalılık girişi olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu nedenle aynı hususa işaret eden direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekir.

SONUÇ

Yukarıda (I) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının **ONANMASINA,** oyçokluğu ile,

Yukarıda (II) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının **ONANMASINA**, oybirliği ile, 06.04.2016 gününde karar verildi.

İŞÇİNİN DEVAMSIZLIĞI • HAKLI FESİH • İSPAT YÖNTEMİ

ÖZET: İşçinin işyerine devamsızlığından dolayı hizmet akdinin haklı olarak feshedildiği iddia ediliyorsa,işyerinde tanzim edilen devamsızlık tutanaklarında imzaları bulunan kişiler tanık olarak dinlenerek sonuca gidilmelidir.

Y.HGK E:2014/688 K:2016/183 T:26.2.2016

(...1- Dosyadaki yazılara, hükmün uyulan önceki Yargıtay bozma ilamına uygun biçimde verilmiş olmasına, bozma ile kesinleşen ve karşı taraf yararına kazanılmış hak durumunu oluşturan yönlerin yeniden incelenmesine hukukça ve yasaca cevaz bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2- Davacı davalıya ait işyerinde çalışırken iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini, kıdem ve ihbar tazminatının ödenmediğini, davalının asıl işveren olarak alacaklardan sorumlu olduğunu iddia ederek kıdem ve ihbar tazminatının davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekili husumet itirazında bulunmuş, davalının ihale makamı olduğunu, alacaklarının ödendiğini savunarak davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davacının iş sözleşmesinin alt işveren tarafından haksız olarak feshedildiği gerekçesi ile kıdem ve ihbar tazminatının asıl işveren olan davalıdan tahsiline karar verilmiş, kararın davalı tarafça temyizi üzerine Yargıtay ... Hukuk Dairesi 18/09/2012 tarihli kararı ile dosya içerisinde alt işverence düzenlenen işçinin devamsızlığına ilişkin tutanaklar bulunduğundan devamsızlık tutanaklarına karşı davacıdan diyecekleri ve varsa delilleri sorularak toplanan deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekçesi ile karar bozulmuştur.

Mahkeme bozma ilamına uyarak davacının devamsızlık tutanaklarına karşı beyanını aldıktan sonra devamsızlık tutanaklarına itibar etmeyerek kıdem ve ihbar tazminatını hüküm altına almıştır.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Mahkemece devamsızlık tutanaklarına iş akdinin feshinden sonra tek taraflı olarak düzenlendiği gerekçesi ile itibar edilmemiş ise de, bu kabul eksik incelemeye dayalıdır.

İş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığını ispat külfeti davalı işverene aittir. İşveren bu çerçevede dosyaya sunduğu devamsızlık tutanaklarını tanzim etmiştir. Bu itibarla davacının devamsızlık yaptığına ilişkin tutanaklarda imzası bulunan zabıt mümzilerinin tanık olarak beyanı alınmalı ve dosya içindeki diğer tüm deliller ile birlikte bir değerlendirmeye tabi tutulduktan sonra karar verilmelidir. Eksik inceleme ile bozma gerekleri yerine getirilmeden davacının salt beyanına itibarla hüküm tesisi hatalı olup bozma nedenidir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, işçilik alacağı istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davacının 08.08.2008-01.03.2011 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde temizlik elemanı olarak çalıştığını, davalı işyerinde temizlik, yemek yapımı ve dağıtımı... yardımcı işlerinin taşeronlara verildiğini, davalının asıl işveren, taşeronların alt işverenler olduğunu, iş sözleşmesinin işveren tarafından herhangi bir sebep gösterilmeksizin ve bildirimsiz feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatının davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekili, davalının ihale makamı olduğunu, asıl işveren olmadığını, bu nedenle davalıya husumet yöneltilemeyeceğini, davacının mazeretsiz olarak üç gün işyerine gelmediğini, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/g maddesinde kurala bağlanan hükümlere göre iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini, bundan dolayı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağını, davanın .... ihbar edilmesini, davalının sorumluluğunun 4857 sayılı Yasa'nın 36. maddesi ile sınırlı olduğunu belirterek, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkeme, Yargıtay ...Hukuk Dairesi'nin bozma ilamına uyarak yaptığı yargılama sonucunda, dosya mevcut 01-02-03/03/2011 tarihlerindeki devamsızlık tutanakları okunup davacının beyanı alındığı ve bahsi geçen devamsızlık tutanaklarının fesih tarihini takip eden günlerde tek taraflı

olarak davalı yetkililerince iş sözleşmesinin feshinden sonra düzenlendiği değerlendirilerek itibar edilmediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiş; davalı vekilinin temyizi üzerine karar Özel Dairece, yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

Mahkeme, önceki gerekçeleri tekrar ederek verilen kararda direnmiş; hükmü davalı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilip edilmediği ve buna bağlı olarak davacının ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendinin (g) alt bendinde, "işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi" halinde, işverenin haklı fesih imkanının bulunduğu kurala bağlanmıştır.

İşçinin işe devamsızlığı, her durumda işverene haklı fesih imkanı vermez. Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde, işverenin derhal ve haklı nedenle fesih imkanı bulunmamaktadır. İşçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi haller, işe devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir.

Devamsızlık süresi, ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü ya da bir ayda üç işgünü olmadıkça, işverenin haklı fesih imkanı yoktur. Belirtilen işgünlerinde hiç çalışmamış olunması gerekir. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılmasıyla işverenin haklı fesih imkanı doğmaz.

Maddede geçen "bir ay" ifadesi takvim ayını değil ilk devamsızlıktan sonra geçecek olan bir ayı ifade eder. İlk devamsızlığın yapıldığı gün ayın kaçıncı günüyse takip eden ayın aynı günü bir aylık süre sona erer. Son ayda ilk devamsızlığının gerçekleştiği günün bulunmaması halinde son ayın son günü bir aylık süre dolmuş olur. Sonraki devamsızlıklar ise takip eden aylık dönemler içinde değerlendirilir.

İşgünü, işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak anlaşılmalıdır. İş sözleşmesinde, genel tatil günlerinde çalışılacağına dair bir kural mevcutsa, bu taktirde söz konusu günlerde çalışılmaması da işverene haklı fesih imkanı tanır. İşyerinde Cumartesi günü iş günü ise belirtilen günde devamsızlık da diğer koşulların varlığı halinde haklı fesih nedenini oluşturabilir.

Öte yandan, iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığını ispat külfeti de işverene aittir.

Somut olayda, davacı taraf, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haksız ve bildirimsiz olarak feshedildiğini iddia etmiştir. Davalı taraf ise, devamsızlık olgusuna dayanmış ve delil olarak da devamsızlık tutanakları sunmuştur. Bu durumda, davacının devamsızlık yaptığına ilişkin tutanaklarda imzası bulunan zabıt mümzilerinin tanık olarak beyanı alınmalı ve dosya içindeki diğer tüm deliller ile birlikte bir değerlendirmeye tabi tutulduktan sonra karar verilmelidir. Eksik inceleme ile davacının salt beyanına itibarla hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

O halde, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 26.02.2016 gününde oybirliği ile karar verildi.

PARA ALACAĞI • BELİRSİZ ALACAK DAVASI

ÖZET: Zararının sorumlusunun ve miktarının asgari ölçülere göre bilinebileceği durumlarda alacağın tamamı tam olarak tespit edilmeyebilir. Özellikle, zararın baştan belirlenemediği, bir incelemeden sonra tam olarak tespiti mümkün olan tazminat taleplerinde böyle bir durum söz konusu olabilir.

Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam olarak belirleyebilmesinin kendisinden Beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde, alacaklının hukuki ilişki ile asgari bir miktar ya da değer belirtilerek belirsiz alacak davası açılarak hak aranması mümkündür.* **

Y. HGK E. 2014/424 K. 2016/207, T. 02.03.2016

(...Dava, eser sözleşmesine dayalı hakediş, imalât bedelinden kalan alacak ile teminat kesintisi alacaklarının tahsili istemiyle açılmış, mahkemenin; davanın reddine dair kararı ....tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili dava dilekçesinde; davalı yüklenicinin üstlendiği yem fabrikası ve depo inşaat işini 2010 yılı birim fiyatlarından %42,12 tenzilatla taşeron olarak üstlendiğini, bu konuda 11.05.2010 günlü sözleşmenin yapıldığını, sözleşme kapsamındaki işlerle birlikte sözleşme dışı işler de yaptığını, buna rağmen 6 nolu hakedişten 87.894,49 TL alacağının ödenmediğini belirterek, bu kalem alacağından şimdilik 80.000,00 TL'nin; sözleşmenin 26.3 maddesi uyarınca emanette bulunan 115.515,14 TL'den şimdilik 80.000,00 TL'nin ve geçici kabul tutanağına göre nefaset kesintisi yapıldıktan sonra bakiye kalan 227.463,45 TL alacağından şimdilik 150.000,00 TL'nin 14.03.2011 tarihinden itibaren avans faiziyle birlikte davalıdan tahsilini istemiş, ayrıca; açmış olduğu davanın belirsiz alacak davası olduğunu belirtmiştir.

Mahkemece, davacının alacağını tam ve kesin olarak belirleyebilecek durumda olduğu, bu nedenle kısmi dava açmakta hukuki yararının olmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir.

---

* Gönderen: Av. Nalan KAHRAMAN

** Belirsiz alacak davası konusunda yer verdiğimiz 412. sayfadaki Y.9. HD. kararına bakınız.

Dava ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 6100 Sayılı HMK'nın 107/1. maddesinde; davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir hükmüne yer verilmiştir. Davacının dava dilekçesinde açıkladığı olaylar ve istemleri dikkate alındığında; davacının dava tarihi itibarıyla alacağının miktarını tam ve kesin olarak belirleyebilecek durumdadır. Bu nedenle, davacı vekilinin dava dilekçesinde alacağının belirsiz alacak davası olarak belirtmesine karşın mahkemece belirsiz alacak davası olarak nitelendirilmemiş olmasında bir isabetsizlik yoktur.

Sorun, davacının alacağını tam ve kesin olarak belirleyebilecek bir durumda olması halinde alacağının tahsili için kısmi dava açmasının mümkün olup olmadığında toplanmaktadır.

Davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmi dava denir. Diğer bir ifadeyle, bir alacak hakkında daha fazla miktar için tam dava açma imkanı bulunmasına rağmen, alacağın bir kesimi için açılan davaya kısmi dava denir. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden (örneğin eser sözleşmesinden) doğmuş olması ve bu alacağın şimdilik bir kısmının dava edilmesi gerekir (Yargıtay HGK 17.10.2012 gün, 2012/9-838 Esas 715 Karar sayılı ilamı, Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, s.286; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, s.320).

Kısmi dava, 6100 Sayılı HMK'nın 109. maddesinde düzenlenmiş olup, maddenin 1. fıkrasında "Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir" hükmüne, 2. fıkrasında ise; "Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılamaz" hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemelere göre, kısmi dava açılabilmesi için;

a- Talep konusunun niteliği itibariyle bölünebilir olması,

b- Talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmalı bulunması veya açıkça belirli olmaması gerekir.

Şayet, talep konusu taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirlenebilir ise kısmi dava açılamayacaktır. Diğer bir anlatımla; talep konusunun miktarı taraflar arasında "tartışmasız" ise veya taraflar

arasında miktar veya parasal tutar bakımından bir tartışma olmakla beraber, tarafların anlaşmasına gerek kalmaksızın, objektif olarak talep konusunun miktarı herkesçe anlaşılabilecek şekilde "belirli" ise, o talep sonucunun sadece bir kısmı dava edilemez. Bu gibi hallerde, kısmi davanın yasaklanmasının sebebi, davacının kısmi dava açmakta hukuki yarar bulunmadığının kabul edilmesidir. Davacının alacağını, küçük parçalara bölüp her biri için ayrı ayrı dava açmasında hukuki yarar değil; aksine, dava hakkının kötüye kullanılması söz konusudur (Pekcanıtez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 11. Bası, s.319-320).

Talep konusu açıkça taraflar arasında tartışmalıysa ya da açıkça belirli değilse açılan bir kısmi davada davacının hukuki yararının bulunduğunun kabulü gerekir. Açılmış olan bir kısmi davada alacağın taraflar arasında tartışmalı olup olmadığı ya da açıkça belirli olup olmadığı davalının davaya vereceği cevapla anlaşılabilir. Nihayet hakim, ön inceleme aşamasında bu hususu tespit edebilir. Şayet, davalı davaya cevabında alacağı tartışmalı hale getirmişse artık, açılmış olan kısmi davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilmeyip işin esası hakkında hüküm kurulması gerekir (Pekcanıtez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 11. bası, s.320-321). Somut olayda da; davalı iş sahibi şirket vekili cevap dilekçesinde, 28.02.2011 günlü kesin hakedişin onaylanmadığını ve bu hakedişte yapılan hesaplamaların hatalı olduğunu, inşaat, mekanik tesisat ve elektrik imalatıyla ilgili poz ve metrajların hatalı olduğunu, nakliye ile ilgili metrajın hatalı olduğunu, işin süresinde tamamlanmadığını, davacıya borçları olmadığı gibi alacaklarının olduğunu belirterek davanın reddini istemiştir. Davalı tarafın davaya cevap dilekçesinden de anlaşılmaktadır ki; davacı alacağı taraflar arasında tartışmalı hale gelmiştir. Böyle bir durumda ve yukarda yapılan açıklamalar ışığında, davacı taşeronun kısmi dava açmakta hukuki yararının olmadığından söz edilemez. Bu sebeple, mahkemece 6100 Sayılı HMK'nın 109/1. maddesi gereği davaya bakılıp sonuçlandırılması gerekirken, yerinde olmayan gerekçelerle usulden davanın reddine karar verilmiş olması doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir.

Yerel Mahkemece, davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı, HMK'nun 107/1.maddesine göre; davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde belirsiz alacak davası açılabileceği, davacının dava dilekçesinde de açıkça belirttiği üzere alacaklarını belirlemiş olduğu, buna rağmen belirsiz alacak davası açtığı, belirsiz alacak davası açmakta hukuki yararının bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddini karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine hüküm; Özel Dairece, yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece davacı tarafça açılmış bir kısmi dava olmadığı, dava dilekçesi ile davanın belirsiz alacak davası olduğunun açıkça beyan edildiği, mahkemece, davacının talebi dikkate alınarak dilekçeler aşamasının tamamlanmasından sonra, ön inceleme aşamasında, davanın belirsiz alacak davası olarak görülüp görülemeyeceği yönünden bir inceleme yapıldığı, yapılan inceleme sonucu belirsiz alacak davası açma koşullarının bulunmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verildiği, açılmış bir kısmi dava bulunmadığı dikkate alınarak, kısmi dava yönünden bir değerlendirme yapılmadığı, açılmış bir belirsiz alacak davasında, belirsiz alacak davasının koşullarının bulunmadığının tespitinden sonra, bu davaya kısmi dava olarak devam edilemeyeceği gerekçesi ile ilk kararda direnilmiştir.

Direnme hükmünü temyize davacı vekili getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; belirsiz alacak davası olarak açılan davaya kısmi dava olarak devam edilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle belirsiz alacak davası ile kısmi davadan bahsetmekte yarar bulunmaktadır:

Belirsiz alacak davası hukukumuza ilk kez 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu(HMK) ile girmiştir. Bu Kanunun 107. maddesi; "(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabildiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir."

şeklindedir.

Hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukukî ilişkiyi muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgarî olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilir. Özellikle, zararın baştan belirlenemediği, ancak bir incelemeden sonra tam olarak tespiti mümkün olan tazminat taleplerinde böyle bir durumla karşılaşılabilmesi söz konusudur.

Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklının, hukukî ilişki ile asgarî bir miktar ya da değer belirterek alacak davası açabilmesi belirsiz alacak davası ile mümkündür. Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak belirlemesi gerçekten mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılamaz. Çünkü her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Belirsiz alacak davası veya tespit davası açılması hâlinde, alacaklı, tüm miktarı belirtmese dahi, davanın başında hukukî ilişkiyi somut olarak belirtmek ve tespit edebildiği ölçüde de asgarî miktarı göstermek durumundadır.

Belirsiz alacak davası açılabilen durumlarda, miktar ya da değerin tespit edildiği anda, alacaklı iddianın genişletilmesi yasağından etkilenmeksizin talebini artırabilir (HMK m. 107/2). Kural olarak, bir davada başlangıçta belirtilen miktar veya değerin artırılması, iddianın genişletilmesi yasağına tâbidir. Bunun amacı, davacının dava açarken hakkını kötüye kullanmaması, daha özenli davranması, yargılamayı gereksiz yere uzatmamasıdır. Oysa baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacak için, davacının böyle bir ihmal ya da kusurundan söz edilemez. Bu sebeple, belirsiz alacak davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hâle gelmişse, davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini arttırabilmesi mümkündür. Davacı, sınırlama ve yasağa tâbi olmadan, sadece talepte bulunmak suretiyle yeni miktar üzerinden yargılamaya devam edilmesini isteyebilecektir. Şüphesiz, alacağın belirli hâle gelmesini müteakip ortaya çıkan yeni talep eksik

belirtilmişse, bundan sonra yeni bir artırma isteği iddianın genişletilmesi yasağıyla karşılaşacaktır. Çünkü, bu hâlde belirsizlik değil, davacının kendi ihmalinden kaynaklanan bir durum söz konusudur.

Belirsiz alacak davası, sadece para alacakları için söz konusu olur. Konusu para olmayan eda davaları için belirsiz alacak davası açılamaz.

Aslında maddî hukukta belirsiz alacak davası açılabilmesinin dayanakları mevcuttur. Örneğin, Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Zararın miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutat cereyanına ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikan tayin eder." Bu düzenleme ile davacının dava açarken alacağını tam olarak dava dilekçesinde göstermesinin mümkün olamayacağı kabul edilmiştir. Bu örnek dışında maddî hukukta belirsiz alacak davası açılabilmesini mümkün kılan düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu m. 58, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 141, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Karamame m. 67, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 53, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 66 belirsiz alacak davası açılabileceğine ilişkin örneklerdir. Görüldüğü gibi, hukukumuzda da belirsiz alacak davası açılabilmesinin maddî hukukta dayanakları bulunmaktadır.

Belirsiz alacak davası öncelikle maddî hukuka hizmet etmektedir. Zira alacaklının alacağını dava açarken belirleyemediği hallerde belirsiz alacak davası açmasına izin verilmezse, bu öncelikle maddî hukuka aykırı olacak ve zarar görenin zararını karşılayamamasına neden olacaktır. Belirsiz alacak davası usûl hukuku bakımından öncelikle davacının yargılama giderlerine ilişkin riskini azaltmayı amaçlamaktadır. Davacı belirsiz alacak davası sayesinde yanlış olarak eksik ya da fazla miktarda talep sonucunu belirleme zorunluluğundan da kurtarılmaktadır.

Kısmi davaya gelince; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesi kısmî davayı düzenlemektedir. Maddenin dava tarihinde yürürlükte bulunan ve somut uyuşmazlığa uygulanması gereken 01.04.2015 tarih 6644 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile iptal edilmeden önceki hali:

"(1) Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir.

(2) Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılamaz.

(3) Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez." şeklindedir.

Maddenin birinci fıkrasında, kısmî dava kurumunun ne zaman işlerlik kazanabileceği hususu hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde, talep konusu niteliği itibarıyla bölünebiliyor ise onun sadece bir kısmının dava yoluyla ileri sürülmesi mümkün olacaktır. Alacağın tamamı aynı hukukî ilişkiden doğup, şimdilik sadece bir kesimi dava ediliyorsa kısmî davadan söz etmek gerekecektir. Bu dava çeşidine müracaat edebilmek için, talebin konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olması gerekir.

Anılan maddenin dava tarihinde yürürlükte bulunan ancak 01.04.2015 tarih 6644 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile yürürlükten kaldırılan ikinci fıkrasında talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli olması durumunda kısmî davanın açılamayacağı hüküm altına alınmıştı. Bununla kısmî dava kurumunun amaç dışı kullanılmasının önüne geçilmek istenmiş, yani sözü edilen hâlde davacının kısmî dava açmakta hukukî yararının bulunmadığı kabul edilmişti.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise dava açılırken fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmamasına ilişkin bir kayda yer verilmemiş olmasının, dava dışı tutulan kesim bakımından feragat edilmesi anlamına gelmeyeceği hususu açıkça hüküm altına alınmış, bu konudaki suskunluğun ileride ek dava açma imkânını ortadan kaldırmayacağına işaret edilmiştir. Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmişse, bu durumda feragat nedeniyle alacak da zaten sona ermiş olacağından ek dava yoluyla ileri sürülmesi mümkün bir alacaktan söz edilemeyecektir.

Davacının aynı hukukî ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmî dava denir. Kısmî dava niteliği itibariyle bölünebilir talepler için söz konusudur. Bölünebilir taleplerde, bu talebin bir bölümü dava edilip diğer kısmı dava dışında bırakılmaktadır.

Davacının aynı davalıdan farklı hukukî ilişkilere dayanarak birden fazla talebi varsa, bunlardan sadece birini veya birkaçını talep ederek açtığı dava kısmî dava değildir. Çünkü, davacı farklı ilişkilerden kaynaklanan alacaklarını tam olarak istemektedir.

Bir kimsenin kısmî bir dava açıp açmadığı ancak dava dilekçesinden, davacının talep sonucundan anlaşılır. Davacının davasını açıkça kısmî dava olarak nitelendirmesine gerek yoktur, alacağın yalnız bir kesiminin

dava edildiğinin anlaşılması yeterlidir. Özellikle davacının "fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak" veya "şimdilik alacağın belirli bir miktarını dava ettiğini" belirterek açtığı davalar kısmî dava niteliğindedir.

Kısmî dava açılması halinde davaya konu edilmeyen kısmın ayrı bir davayla talep edilmesi veya aynı davada ıslah yoluyla dava konusuna dâhil edilmesi mümkündür.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile alacak miktarı belirsiz olduğu durumlarda davacıya dilerse belirsiz alacak davası, dilerse de kısmi dava açabilme imkânı getirilmiştir. Belirsiz alacak davası ile kısmi dava konusu, amacı ve sonuçları bakımından birbirinden tamamen farklı iki dava türüdür. Her iki davanın mahkemeden istenen hukuki korumaya göre eda davası olması ve ortak bazı özelliklerinin bulunması bu sonucu değiştirmemektedir. Belirsiz alacak davası açan davacı, kısmi davanın sonuçlarından yaralanamayacağı gibi kısmi dava açan davacı da belirsiz alacak davasının sonuçlarından yararlanamaz. Hâkim de kısmi dava olarak açılmış bir davayı belirsiz alacak davası olarak nitelendiremeyeceği gibi, belirsiz alacak davası olarak açılan davayada kısmi dava olarak devam edemez

Açıklanan yasal düzenlemeler ışığında eldeki davada, iddianın ileri sürülüş biçimi açısından somut olay değerlendirildiğinde:

Davacı vekili, müvekkili şirket ile davalı arasında yem fabrikası ve depo inşaatı işine dair 11.05.2010 tarihli sözleşme imzalandığını, 01.06.2010 tarihinde yer teslimi yapılarak işe başlandığını, imalatların tamamının müvekkili tarafından sözleşme, sözleşme ekleri ve işveren davalının talimatları doğrultusunda fen ve sanat kaidelerine uygun olarak gerçekleştirildiğini, ancak işin bedelinin ödenmediğini, müvekkiline ait alacak miktarının taraflar arasında tartışmasız olmadığı, açıkça belirlenebilir nitelikte de bulunmadığı ve dava değerinin tespiti bir uzman görüşünü gerektirdiğinden taraflar arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık konusu bütün alacak için zaman aşımını kesmek ve ileride tespit edilecek bütün alacağa temerrüt tarihinden itibaren faiz işletilmesini temin etmek amacıyla belirsiz alacak davası niteliğinde iş bu davanın açıldığını belirterek, fazlaya ilişkin tüm hakları saklı kalmak kaydı ile taraflar arasında imzalanan 11.05.2010 tarihli sözleşmeye göre 6 numaralı hak edişten kalan ve halen ödenmeyen 87.894,49.-TL nin şimdilik 80.000,00.-TL si, gerekli tüm koşullar müvekkili tarafından yerine getirildiğinden sözleşmenin 26.3.maddesine göre emanette bulunan 115.515,14.-TL den şimdilik 80.000,00.-TL, nefaset kesintisi düşüldükten sonra geçici kabul tutanağına göre kalan 227.463,45.-TL den 150.000,00.-TL olmak üzere

toplam 310.000,00.-TL nin geçici kabul tarihi olan 11.02.2011 tarihini izleyen 30. günü takip eden 14.03.2011 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan alınarak müvekkili şirkete ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili ise müvekkilinin 05.05.2010 tarihli sözleşme ile dava dışı .....AŞ'ne ait yem fabrikası yapım işini üstlendiğini, müvekkilinin üstlendiği işi taşeron firmaya yaptırmak için yapılan ihale sonucunda davacının 11.05.2010 tarihli sözleşme ile işi yapmayı üstlendiğini, geçici kabul komisyonunca 11.02.2011 tarihinde yapılan işin geçici kabulünün yapıldığını, davacı tarafça davaya dayanak gösterilen ve ancak müvekkili şirketçe onaylanmayan 28.02.2011 tarihli kesin hak edişte yapılan hesaplamaların hatalı olduğunu, müvekkili şirketin davacı şirkete herhangi bir borcu bulunmadığı gibi davacı şirketten alacaklı durumda bulunduğunu, kesin hesap neticesinde müvekkili şirketin davacı şirketten alacaklı kaldığından 6 nolu hakediş bakiyesi ile emanette bulunan meblağın davacı şirketin borcuna mahsup edildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davacı vekilinin, dava dilekçesinde belirsiz alacak davası açtığını belirtmesine karşın, sonuç kısmında "fazlaya ilişkin tüm hakları saklı kalmak kaydıyla" dedikten sonra alacağın 310.000,00 TL lik kısmının tahsiline karar verilmesini talep ettiği anlaşılmaktadır. Dava dilekçesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu haliyle davacı tarafından kısmi dava açıldığı anlaşılmaktadır.

Az yukarda belirtildiği üzere belirsiz alacak davası olarak açılan davaya kısmi dava olarak devam edilmesi mümkün değil ise de somut olayda; davacının kısmi dava açtığı ve dava konusu miktar taraflar arasında tartışmalı olduğundan davacının kısmi dava açmakta hukuki yararının bulunduğu anlaşıldığından, yerel mahkemece işin esasına girilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; belirsiz alacak davası olarak açılan davaya kısmi dava olarak devam edilmesinin mümkün olmadığı, davacı vekilinin dava dilekçesinde açıkça belirsiz alacak davası açtığını belirttiği, bu durumda dava dilekçesinin kısmi dava olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, yerel mahkeme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüş kurul çoğunluğu tarafından yukarıda belirtilen nedenlerle kabul edilmemiştir.

Yine bir kısım üyelerce; belirsiz alacak davası olarak açılan davaya kısmi dava olarak devam edilmesinin mümkün olmadığı, ancak dava dilekçesinin talep sonucu incelendiğinde davanın kısmi dava olduğu, dava konusu alacak miktarı belli olduğundan davacının kısmi dava açmakta hukuki yararının bulunmadığı, dolayısıyla sonucu itibariyle doğru olan yerel mahkeme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüş de kurul çoğunluğu tarafından yukarıda belirtilen nedenlerle kabul edilmemiştir.

Bir kısım üyelerce de; belirsiz alacak davası olarak açılan davaya kısmi dava olarak devam edilmesinin mümkün olmadığı, dava dilekçesinde açıkça belirsiz alacak davasının açıldığının belirtildiği, somut olayda belirsiz alacak davası şartlarının oluşmadığının anlaşıldığı, ancak davaya tam eda davası olarak devam edilmesinin mümkün olduğu, davacıya harcı tamamlayarak tam eda davası olarak davaya devam edip etmeyeceği sorularak, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesinin doğru olmadığı görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş de kurul çoğunluğu tarafından yukarıda belirtilen nedenlerle kabul edilmemiştir.

Sonuç itibariyle, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ:

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatıranlara geri verilmesine, 02.03.2016 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY BOZMA İLAMI • BOZMAYA UYMA • KAZANILMIŞ HAK

ÖZET: Yargıtay bozma ilamına yerel mahkeme tarafından uyulmuş ve bu şekilde bozma ilamının içeriği doğrultusunda tarafları bağlayan kazanılmış hak oluşmuştur.

Bu noktada yapılacak iş bozma kararı doğrultusunda karar verilmesidir.

Y. HGK E:2015/3490 K:2016/251 T: 02.03.2016

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, alacak istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, davalı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize davalı vekili getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nda işin esası görüşülmeden önce; yerel mahkemece 07.07.2015 tarihli celsede bozma ilamına uyulması yönünde ara karar verildiği halde ilk karar da direnilmesine karar verilmesinin mümkün olup olmadığı ön sorun olarak incelenmiştir.

Bilindiği üzere, bir davada, mahkemenin veya yanların yapmış oldukları bir usul işlemi nedeniyle taraflardan biri lehine, dolayısıyla diğeri aleyhine doğan ve gözetilmesi zorunlu olan hakka, usuli kazanılmış hak denilir.

Örneğin, mahkemenin Yargıtay bozma ilamına uymasıyla bozma kararı lehine olan yan bakımından kazanılmış hak doğar.

Bir mahkemenin Yargıtay Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda, kendisi için o kararda gösterilen biçimde inceleme ve araştırma yapmak ve yine o kararda belirtilen hukuksal esaslar gereğince karar vermek yükümlülüğü oluşur. Bu itibarla mahkemenin sonraki hükmünün-

bozmada gösterilen ilkelere aykırı bulunması, usule uygun olmadığından bir bozma nedenidir.

Bozma kararı ile dava, usul ve yasaya uygun bir hale sokulmuş demektir. Bozmaya uyulduktan sonra buna aykırı karar verilmesi usul ve yasaya uygunluktan uzaklaşılması anlamına gelir ki, böyle bir sonuç kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturur. Buna göre, Yargıtay'ın bozma kararına uymuş olan mahkeme, bu uyma kararı ile bağlıdır. Daha sonra bu uyma kararından dönerek, direnme kararı veremez, bozma kararında gösterilen biçimde inceleme yapmak, yada gösterilen biçimde yeni bir hüküm vermek zorundadır.

Aynı ilke, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.02.2003 gün ve 2003/8-83 E., 2003/72 K.; 17.02.2010 gün ve 2010/9-71 E., 2010/87 K. sayılı ilamlarında da benimsenmiştir.

Yargıtay içtihatları ile kabul edilen "usuli kazanılmış hak" olgusunun, birçok hukuk kuralında olduğu gibi yine Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiş istisnaları bulunmaktadır: Mahkemeninbozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı (09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı YİBK) ya da geçmişe etkili bir yeni kanun çıkması karşısında, Yargıtay bozma ilamına uyulmuş olmakla oluşan usuli kazanılmış hak hukukça değer taşımayacaktır. Benzer şekilde; uygulanması gereken bir kanun hükmü, hüküm kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilirse, usuli kazanılmış hakka göre değil, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra oluşan yeni duruma göre karar verilebilecektir (HGK., 21.01.2004 gün ve 2004/10-44 E, 19 K.; 03.02.2010 gün ve 2010/4-40 E., 2010/54 K.).

Bu sayılanların dışında ayrıca; görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararlarına uyulmasında olduğu gibi kamu düzeni ile ilgili konularda usuli kazanılmış haktan söz edilemez (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü-6. Baskı, cilt 5, s,4738 vd).

Usuli kazanılmış hakkın hukuki sonuç doğurabilmesi için; bir davada, ya taraflar ya mahkeme ya da Yargıtay tarafından açık biçimde yapılmış olan ve istisnalar arasında sayılmayan bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan bir hakkın varlığından söz edilebilmesi gerekir.

Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde somut olayda, yerel mahkemece 07.07.2015 tarihli celsede bozma ilamına uyulması yönünde ara karar verildiği halde mahkemece direnme hükmü kurularak davanın

kısmen kabulüne karar verilmiştir. Oysa, 07.07.2015 tarihli oturumda bozmakararına uyulması ile davalı yararına usule ilişkin kazanılmış hak doğmuştur. Bu karar sonrası mahkemenin yapacağı iş, bozma kararı doğrultusunda işlem yapmak ve gerekli kararı vermekten ibarettir. Kural olarak hakim ara kararından dönebilirse de, bozmaya uyulmasına ilişkin karar, bunun istisnalarındandır. Diğer bir anlatımla, bozma kararına uyan mahkeme, bununla bağlıdır. İster aynı oturumda, ister daha sonraki oturumlarda olsun, bundan dönerek eski hükümde direnemez. Verilen karar direnme kararı değil yeni bir karar niteliğindedir. Usuli kazanılmış hak kurumunun yukarıda açıklanan istisnaları da somut olayda söz konusu değildir.

O halde, yerel mahkemece uyulan bozma ilamı doğrultusunda işlem yapılması gerekirken, doğan usulü kazanılmış hakka aykırı biçimde verilen karar usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda gösterilen değişik nedenlerden dolayı usulden **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davalı vekilinin temyiz isteminin şimdilik incelenmesine yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 02.03.2016 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

ELATMANIN ÖNLENMESİ

ÖZET: Paylı mülkiyette taşınmazdan yararlanamayan paydaş, vaki el atmanın önlenmesini her zaman isteyebilir.

Paydaşlar arasındaki elatmanın önlenilmesi davalarında öncelikle tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ve özel bir parselasyon planın olup olmadığı veya fiili kullanma biçiminin oluşup oluşmadığı üzerinde özenle durulmalı, varsa çekişmeli yerin kimin kullanımına terk edildiği saptanılmalı, harici veya fiili taksim yoksa, uyuşmazlık yukarıda değinildiği gibi TMK'nın müşterek mülkiyet hükümlerine göre çözümlenmelidir

Y. 1. HD. E. 2016/6490, K. 2016/5900, T.10.05.2016

Taraflar arasında görülen elatmanın önlenmesi davası sonunda, yerel mahkemece davanın reddine ilişkin olarak verilen karar davacı tarafından yasal süre içerisinde temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, Tetkik Hakimi ...'in raporu okundu, açıklamaları dinlendi, gereği görüşülüp düşünüldü;

KARAR

Dava, paydaşlar arasında el atmanın önlenmesi isteğine ilişkindir.

Mahkemece, intifadan men koşulunun oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Bilindiği üzere, paylı mülkiyette taşınmazdan yararlanamayan paydaş, engel olan öteki paydaş veya paydaşlardan payına vaki el atmanın önlenilmesini her zaman istiyebilir. Hatta elbirliği mülkiyetinde dahi ortaklardan biri öteki ortakların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan, taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine tek başına el atmanın önlenilmesi davası açabilir. Ancak, ortak ya da payda-

şın payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa, açacağı el atmanın önlenilmesi davasının dinlenme olanağı yoktur.

Diğer taraftan, taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş ya da fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişlerse, kayıtta paylı eylemsel olarak(fiilen) bağımsız bu oluşumun tapuda yapılacak resmi taksime veya şuyuun satış suretiyle giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına kadar korunması, "ahde vefa" kuralının yanında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun(TMK) 2. maddesinde düzenlenen iyi niyet kuralının da bir gereğidir.

O halde, paydaşlar arasındaki elatmanın önlenilmesi davalarında öncelikle tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ve özel bir parselasyon planın olup olmadığı veya fiili kullanma biçiminin oluşup oluşmadığı üzerinde özenle durulmalı, varsa çekişmeli yerin kimin kullanımına terk edildiği saptanılmalı, harici veya fiili taksim yoksa, uyuşmazlık yukarıda değinildiği gibi TMK'nın müşterek mülkiyet hükümlerine göre çözümlenmelidir.

Somut olayda, yukarıda değinilen kapsamda bir araştırma yapılmadan, paydaşlar arasındaki ecrimisil davalarında aranması gereken "intifadan men" koşulunun oluşmadığından söz edilmek suretiyle yanılgıya düşülüp davanın reddedilmesi isabetsizdir.

Davacının temyiz itirazı açıklanan nedenden ötürü yerindedir. Kabulü ile, hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 10.05.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAPU KAYDINDA DÜZELTİM

ÖZET: Tapu kaydının düzeltilmesinde izlenecek yol için Tapu Sicili Tüzüğü hükümleri ve özelikle 75. maddesi nazara alındığında, tapu müdürlüklerine oldukça geniş yetkiler verilerek tapudaki hataların daha kısa bir sürede, idari yoldan düzeltilmesine imkân verildiği ve kayıt düzeltmeleri için öncelikle müdürlüklere başvuru yapılmasının zorunlu tutulduğu görülmektedir..

Y. 1. HD. E. 2016/6490, K. 2016/5900, T. 29.04.2010

Taraflar arasında görülen tapu kaydında düzeltim davası sonunda, yerel mahkemece davanın kabulüne ilişkin olarak verilen karar davalı tarafından yasal süre içerisinde temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, Tetkik Hakimi ...'in raporu okundu, açıklamaları dinlendi, gereği görüşülüp düşünüldü;

KARAR

Dava, tapu kaydına yanlış yazılan kimlik bilgilerinin düzeltilmesi isteğine ilişkin olup, 17.8.2013 tarih ve 28738 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren yeni Tapu Sicili Tüzüğü'nün yürürlüğü zamanında 01.10.2014 tarihinde açılmış; mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, yeni Tapu Sicili Tüzüğü hükümleri ve özelikle 75. maddesi nazara alındığında, tapu müdürlüklerine oldukça geniş yetkiler verilerek tapudaki hataların daha kısa bir sürede, idari yoldan düzeltilmesine imkân verildiği ve kayıt düzeltmeleri için öncelikle müdürlüklere başvuru yapılmasının zorunlu tutulduğu görülmektedir..

Bu nedenle, yeni Tapu Sicili Tüzüğünün Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği 17.8.2013 tarihten itibaren, ilgililerin mahkemeye müracaat etmeden önce, ilk olarak tapu müdürlüklerine yukarıda açıklanan prosedüre uygun şekilde başvurması kaçınılmaz olup, değinilen prosedür izlenmeden mahkeme önüne getirilen davanın dinlenebilme olanağı yoktur.

Bunun yanında, ilgililerin tapu müdürlüklerine yaptıkları yazılı ya da sözlü düzeltim başvuruları üzerine, tapu müdürlüklerinin Tüzüğün 75. maddesinde belirtilen araştırma ve soruşturmayı yapmadan verdikleri

soyut içerikli ret kararları da davayı mahkeme önünde dinlenebilir hale getirmez.

Diğer taraftan, Tapu Sicili Tüzüğünün 75. maddesine aykırı olarak verilen bu tür ret kararlarına karşı ilgililerin aynı tüzüğün 26. maddesine göre itiraz imkanı bulunmaktadır.

Hâl böyle olunca, davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı biçimde hüküm kurulması doğru değildir.

Davalı ... Müdürlüğünün temyiz itirazı açıklanan nedenden ötürü yerindedir. Kabulü ile, hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 10.05.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

VASİYETNAMENİN İPTALİ
•
DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ

ÖZET: Aynı vasiyetnamenin iptali için değişik mahkemelerde açılmış olan davaların birleştirilmeleri gerekir.

Y. 2 HD E. 2003/16368, K. 2004/1047, T. 28.1.2004

Davacı vasiyetnamenin ehliyetsizlik, şekil eksikliği ve el yazısı vasiyetnamedeki miras bırakana ait olmadığını ileri sürerek bu davayı açmış, delil ibraz etmiş, ayrıca Kadıköy 6. Asliye Hukuk Mahkemesi 2002/906 ve Kadıköy 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/869 esas sayılı dosyalarda aynı konuda vasiyetnamenin iptali ile ilgili dava açıldığını ileri sürmüştür. Konu birliği nedeniyle davalardan birisi hakkında verilecek karar diğerini etkileyecektir. Mahkemece davaların birleştirilmesi gerekirken, birleştirilmemesi, diğer taraftan davacı delilleri toplanmadan eksik araştırma ve inceleme ile karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ

Hükmün açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre diğer hususların incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine oybirliğiyle karar verildi. 28.01.2004

BOŞANMADA KUSUR • YOKSULLUK NAFAKASI

ÖZET: Davacı ve karşı davalı kadının çalışıp çalışmadığı, çalışıyorsa elde ettiği gelirin sürekli ve düzenli olup olmadığı ve kendisini yoksulluktan kurtarıp kurtarmayacağı araştırılmadan yoksulluk nafakasının reddi doğru olmamıştır.

Evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olan olaylarda ayrı ev açmayan ve dava açarak boşanma sebebi yaratan erkek kusurludur.*

Y. 2 HD E. 2015/14936, K. 2016/6325, T. 30.3.2016

Davalı karşı davacı erkek 31.03.2009 tarihinde Bakırköy 8. Aile Mahkemesi'nin 2009/21 esas ve 2010/559 karar sayılı dosyası ile boşanma davası açmış, bu dava 02.06.2010 tarihinde reddedilmiş ve 23.09.2010 tarihinde kesinleşmiş, taraflar bu davadan sonra bir araya gelmemişlerdir. Reddedilen davadan sonra davacı-karşı davalı kadına kusur izafe edilebilecek bir olayın varlığı kanıtlamadığına göre, ret tarihinden önceki olaylar artık davacı-karşı davalı kadına kusur olarak yüklenemeyecektir. O halde, evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olan olaylarda, ayrı ev açmayan ve dava açarak boşanma sebebi yaratan davalı-karşı davacı erkek tamamen kusurludur. Gerçeleşen bu durumun aksine boşanmaya neden olan olaylarda davacı-karşı davalı kadının daha ağır kusurlu kabul edilmesi ve bu hatalı kusur tespitine bağlı olarak davacı-karşı davalı kadının maddi tazminat (TMK m. 174/1) talebinin reddine karar verilmesi isabetsiz olmuş ve bozmayı gerektirmiştir.

Mahkemece yapılan sosyal ekonomik durum araştırmasında, davacı-karşı davalı kadının ev hanımı olduğu tespit edilmiş, davalı-karşı davaı erkek tarafından ise davacı-karşı davalı kadının çalıştığı iddia edilmiş ve buna ilişkin resimler dosyaya sunulmuştur. Mahkemece, davacı-karşı davalı kadının çalışıp çalışmadığı, çalışıyorsa elde ettiği gelerin sürekli ve düzenli olup olmadığı, kendisini yoksulluktan turtarıp kurtarmayacağı hususları araştırılmadan, yazılı şekilde eksik inceleme ile davacı-karşı davalı kadının çalıştığından bahisle yoksulluk nafakası talebinin reddi doğru olmamıştır.

Mahkemece, davacı-karşı davalı kadının çeyiz eşyaları ile ilgili talebinin bir kısmı hakkında "dava sırasında bunların kendisine teslim edilmiş

* Gönderen Av. Reşit HALİS

olması" sebebiyle konusuz kalmasına bağlı olarak "karar verilmesine yer olmadığına" karar verildiğine göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 331/1. maddesi de dikkate alınarak, karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 6. maddesi uyarınca, kadın yararına vekalet ücreti takdiri gerekirken, bu hususun gözetilmemiş olması da doğru bulunmamıştır.

Mahkemece aynen iadesine, aynen iade olmadığı takdirde bedellerine hükmedilen ziynetlerin tek tek bedelleri gösterilmesidir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesinin (2). fıkrasında; hükün sonuç kısmında gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmesizin, taleplerden herbiri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık şüphe ve kereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerektiği, aynı Yasanın 298. maddesinin (2). fıkrasında da, gerekçeli kararın, tefhim edilen hükme aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeye göre; dava dilekçesi, bilirkişi raporu gibi herhangi bir belgeye atıf yapılarak hüküm kurulamaz. Gerek tefhim edilen ve zabıtla belirlenen kararda, gerekse buna uygun düzenlenmesi zorunlu gerekçeli karada hüküm altına alınan eşyanın cins, nitelik, miktar ve değerlerinin ayrı ayrı gösterilmesi ve taraflara yüklenen borç ile tanınan hakkın infazda güçlük çıkarmayacak biçimde belirtilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda (2)., (3)., (4). ve (5). bentlerde gösterilen sebeplerle **BOZULMASINA,** bozma kapsamı dışında kalan temyize konu dier bölümlerinin ise yukarıda (1). bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, ziynetlerin esasına ilişkin itirazların şimdilik incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren onbeş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi 30.03.2016

YOKSULLUK NAFAKASININ ARTIRILMASI

ÖZET: 2013 senesi koşullarına göre verilen yoksulluk nafakasının arttırılması gerekir.*

Y. 2. HD E. 2016/5145, K. 2016/6555, T. 31.3.2016

İrat biçiminde ödenmesine karar verilen nafaka, tarafların mali durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hallerde artırılıp azaltılabilir (TMK m. 176/3).

Toplanan delillerden; tarafların 7.3.2013 tarihinde Elmalı Asliye Hukuk (Aile) Mahkemesinin kararı ile boşandıkları ve davalı-davacı yararına 100 TL yoksulluk nafakasına hükmedildiği anlaşılmaktadır. Davacı-davalı kadın tarafından artırılması istenen 100 TL yoksulluk nafakası 7.3.2013 tarihindeki koşullara göre verilmiş olup, iş bu davanın açıldığı 22.10.2014 tarihinde yoksulluğun devam ettiği ve ülkemizdeki ekonomik koşullar ile birlikte tarafların ekonomik ve sosyal durumlarında değişiklik meydana geldiği açıktır. Gerçekleşen bu durum karşısında davalı-davacının yoksulluk nafakasının artırılması talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde talebin reddi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeyle **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itiaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 31.03.2016

* Gönderen: Av. Reşit HALİS

BOŞANMADA KUSUR • YOKSULLUK NAFAKASI • DAVANIN KONUSUZ KALMASI • VEKALET ÜCRETİ • MAHKEME KARARI

ÖZET: Ayrı ev açmayan, dava açarak boşanma sebebi yaratan ve davası reddedilen davacı erkek kusurludur. Bu noktada davalı kadının daha ağır kusurlu sayılması isabetsizdir.

Çalıştığı iddia edilen kadının bu çalışmasının kendisini yoksulluktan kurtarıp kurtarmayacağı araştırılmadan yoksulluk nafakası talebinin reddedilmesi doğru olmamıştır

Davada talep edilen alacağın dava açılırken sonra davacıya verilmesi halinde davacı lehine vekalet ücreti takdir edilmelidir.

Mahkeme kararında hüküm altına alınan eşyanın ayrı ayrı değerleriyle birlikte hükümde net ve somut olarak belirlenmesi gerekir.*

Y. 2. HD E. 2015/14936, K. 2016/6325, T. 30.3.2016

Davalı-karşı davacı erkek 31.03.2009 tarihinde Bakırköy 8. Aile Mahkemesinin 2009/221 esas ve 2010/559 karar sayılı dosyası ile boşanma davacısı açmış, bu dava 02.05.2010 tarihinde reddedilmiş ve 23.09.2010 tarihinde kesinleşmiş, taraflar bu davadan sonra bir araya gelmemişlerdir. Reddedilen davadan sonra davacı-karşı davalı kadına kusur izafe edilebilecek bir olayın varlığı kanıtlamadığına göre, ret tarihinden önceki olaylar artık davacı-karşı davalı kadına kusur olarak yüklenemeyecektir. O halde, evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olan olaylarda, ayrı ev açmayan ve dava açarak boşanma sebebi yaratan davalı-karşı davacı erkek tamamen kusurludur. Gerçekleşen bu durumun aksine boşanmaya neden olan olaylarda davacı-karşı davalı kadının daha ağır kusurlu kabul edilmesi ve bu hatalı kusur tespitine bağlı olarak davacı-karşı davalı kadının maddi tazminat (TMK m. 174/1) talebinin reddine karar verilmesi isabetsiz olmuş reddine karar verilmesi isabetsiz olmuş ve bozmayı gerektirmiştir.

* Gönderen: Av. Reşit HALİS

Mahkemece yapılan sosyal ekonomik durum araştırmasında, davacı-karşı davalı kadının ev hanımı olduğu tespit edilmiş, davalı-karşı davaı erkek tarafından ise davacı-karşı davalı kadının çalıştığı iddia edilmiş ve buna ilişkin resimler dosyaya sunulmuştur. Mahkemece, davacı-karşı davalı kadının çalışıp çalışmadığı, çalışıyorsa elde ettiği gelerin sürekli ve düzenli olup olmadığı, kendisini yoksulluktan turtarıp kurtarmayacağı hususları araştırılmadan, yazılı şekilde eksik inceleme ile davacı-karşı davalı kadının çalıştığından bahisle yoksulluk nafakası talebinin reddi doğru olmamıştır.

Mahkemece, davacı-karşı davalı kadının çeyiz eşyaları ile ilgili talebin bir kısmı hakkında "dava sırasında bunların kendisine teslim edilmiş olması" sebebiyle konusuz kalmasına bağlı olarak "karar verilmesine yer olmadığına" karar verildiğine göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 331/1. maddesi de dikkate alınarak, karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 6. maddesi uyarınca, kadın yararına vekalet ücreti takdiri gerekirken, bu hususun gözetilmemiş olması da doğru bulunmamıştır.

Mahkemece aynen iadesine, aynen iade olmadığı takdirde bedellerine hükmedilen ziynetlerin tek ted bedelleri gösterilmesidir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesinin (2). fıkrasında; hükün sonuç kısmında gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmesizin, taleplerden herbiri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık şüphe ve kereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerektiği, aynı Yasanın 298. maddesinin (2). fıkrasında da, gerekçeli kararın, tefhim edilen hükme aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeye göre; dava dilekçesi, bilirkişi raporu gibi herhangi bir belgeye atıf yapılarak hüküm kurulamaz. Gerek tefhim edilen ve zabıtla belirlenen kararda, gerekse buna uygun düzenlenmesi zorunlu gerekçeli karada hüküm altına alınan eşyanın cins, nitelik, miktar ve değerlerinin ayrı ayrı gösterilmesi ve taraflara yüklenen borç ile tanınan hakkın infazda güçlük çıkarmayacak biçimde belirtilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda (2)., (3)., (4). ve (5). bentlerde gösterilen sebeplerle **BOZULMASINA,** bozma kapsamı dışında kalan temyize konu dier bölümlerinin ise yukarıda (1). bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, ziynetlerin esasına ilişkin itirazların şimdilik incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren onbeş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi 30.03.2016

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

KARDEŞ ÖLÜMÜ • KÜÇÜK YAŞTA KARDEŞLER • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Kardeşlerin küçük yaşta olmaları, kardeşlerinin ölüm olayından dolayı manevi tazminat istemelerine engel teşkil etmez.*

Y. 4. HD. E. 2009/8529, K. 2010/5122, T. 29.4.2010

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesine bir isabetsizlik görülmemesine göre davacıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Diğer temyiz itirazına gelince; dava, trafik kazası nedeniyle desteğin ölümünden dolayı uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemlerine ilişkindir. Yerel mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, davacılar tarafından temyiz olunmuştur.

Davacılardan F.Ç. ile B.Ç., ağabeyleri R.Ç.'ın davalı M.C.'ın sürücüsü olduğu aracın çarpması nedeniyle ölümünden dolayı manevi tazminat istemişlerdir. Yerel mahkemece, davacı kardeşlerin yaşlarının küçük olması nedeniyle elem ve ızdırap duymalarına olanak bulunmadığı gerekçesiyle istemleri reddedilmiştir.

Borçlar Yasası'nın 47. maddesi gereğince yargıç, adam öldüğü takdirde ölenin aile bireylerine hak ve adalete uygun bir tutarda manevi tazminat ödenmesine karar verebilri.

Davacılardan F.Ç. ile B.Ç., ölenin kardeşleri olup aile biriyleri arasında yer almaktadırlar. Yasada, aile bireylerinin yaşı tazminat takdiri için bir koşul olarak belirtilmediğinde, adı geçen davacıların da ölüm olayından dolayı elem ve ızdırap duymaları kaçınılmazdır. Onların yaşlarının küçük olması, kardeşlerinin ölümünden dolayı manevi yönden etkilenmedikleri anlamına gelmez.

---

* Gönderen: Av. Reşit HALİS

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, davacılar F.Ç. ile B.Ç. yararına uygun bir tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda (2) nolu bentte gösterilen nedenle davacılardan F.Ç. ile B.Ç. yararına **BOZULMASINA;** öteki temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 29/04/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Bir kişinin çalışamadığı süredeki kazancının en az asgari ücret düzeyinde olduğu kabul edilmektedir. 2011 yılı asgari ücret miktarı davacının yaptığı iş ile de uyumludur.

Diş çekimi nedeniyle meydana gelen olumsuzluk diş hekimliği fakültesinden bilirkişilere incelettirilmelidir.

Haksız fiil tarihinin karar yanlış yazılmış olmasının da nihai kararda dikkate alınması gerekir.

Y. 4. HD. E. 2016/3362, K. 2016/6615, T. 12.05.2016

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalı ... aleyhine 15/04/2011 gününde adli yardım talepli olarak verilen dilekçe ile maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; adli yardım isteminin kabulü ile davanın kısmen kabulüne dair verilen 04/06/2014 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi taraf vekillerince süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalının vekalet ücretine yönelik temyiz itirazı dışında kalan tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacının diğer temyiz itirazlarına gelince;

a) Dava, haksız fiil nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

Davacı, olay tarihinde serbest diş hekimi olarak çalışan davalının muayenehanesine diş ağrısı şikayeti ile gittiğini, üst çenede yer alan soldan bir dişinin çekilmesine karar verildiğini, davalı tarafından bu diş çekilirken söz konusu bölgede bulunan üç adet diş, dişleri çevreleyen alveol kemiği ve tüber maksillanın tek parça halinde kırılarak çıkmasına sebebiyet verildiğini belirterek maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalı, davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacı tarafın maddi tazminata ilişkin olarak bir belge sunamadığı, belgelenemeyen tedavi gideri olarak .. TL ve maruz kaldığı cerrahi olay nedeniyle bir ay çalışamayacağı göz önüne alınarak yaptığı hamallık işine göre .. TL aylık kazanç kaybı takdir edildiği belirtilerek; ... TL maddi, .. TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Dosya kapsamından davacının hamal olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Adli Tıp raporunda; meydana gelen olay nedeniyle davacının geçici iş göremezlik süresinin ne kadar olacağı yönünde bir mütalaada bulunulmamış olmakla birlikte, mahkemece bir aylık bir süre takdir edilmiştir. Olay tarihi itibari ile hamallık yapan bir kişinin aylık kazancının ne olacağı yönünde ise bir araştırma yapılmamış yine takdiren bir miktar belirlenmiştir. Ancak belirlenen .. TL olay tarihinde geçerli olan asgari ücretin altında kalmaktadır. Yerleşik Yargıtay uygulamaları ile de benimsendiği üzere; bir kişinin çalışamadığı süredeki kazancının en az asgari ücret düzeyinde olduğu kabul edilmektedir. 2011 yılı asgari ücret miktarı davacının yaptığı iş ile de uyumludur. Davacının bir aylık geçici iş göremezlik zararının asgari ücret olarak kabulü gerekirken, .. TL'ye karar verilmesi doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

b) Davacının meydana gelen olay nedeniyle üç dişini ve bu dişleri çevreleyen kemik dokusunu kaybettiği ve üst çenesinde bu nedenle boşluk oluştuğu anlaşılmaktadır. Davalı hekimin diş çekimi sırasında üst çene tespitini yeterince sağlamadığı, kopan çene kemiğinin yeniden oluşmasının mümkün olmadığı, müdahale sonrası bölgenin sütüre edilerek ileri bir merkeze yönlendirme yapılması gerekirken bunun yerine getirilmediği ve hekimin kusurlu eylemi sonucu davacının zarara uğradığı sabittir.

Davacı, protez, implant vb. tedaviler ile çenesinde meydana gelen boş-

luğun giderilmesinin mümkün olup olmadığının, bunun maliyetinin ne kadar olacağının, ayrıca bu protezin ne kadar sürede bir yenilenmesi gerektiğinin ve yenileme giderlerinin ne kadar olacağının tespitini ve bu bedele hükmedilmesini talep etmiştir. Ancak mahkemece bu yönde bir inceleme ve değerlendirme yapılmamıştır. Kişinin bu tedaviyi kendisi yaptırarak, faturalandırması ve belgelendirmesi, daha sonra haksız fiil failinden bu miktarın tazminini talep etmesi beklenemez.

Mahkemece yapılacak iş; davacıyı üniversite diş hekimliği fakültesinde görevli bilirkişi heyetine mevcutlu olarak gönderip muayenesini yaptırmak, davaya konu diş çekimi nedeniyle meydana gelen olumsuzluğun giderilmesi için yapılabilecek tedavileri sorup giderini hesaplattırmak, ayrıca yapılacak işlemin yenilenmesi gerekip gerekmediğini ve gerekmesi halinde yenileme giderlerinin ne kadar olacağını tespit ettirmek, davacının talebini de gözeterek bu miktara karar vermektir. Zararın belgelendirilmesinin istenmesi doğru değildir. Yanılgılı gerekçe ve eksik araştırma ile hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

c) Davaya konu diş çekimi 25/02/2011 tarihinde meydana gelmiştir. Davacı da olay tarihinden faiz isteminde bulunmuştur. Mahkemece hüküm fıkrasında; tazminatın 25/02/2001 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile tahsiline karar verilmiştir. Faiz başlangıç yılının 2011 olması gerekirken sehven 2001 yazıldığı anlaşılmaktadır. Bu husus davacı tarafından temyiz dilekçesinde dile getirilmiş ve giderilmesi talep edilmiştir. Hüküm kurulurken bu hususun gözetilmesi amacıyla da kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın, yukarıda (2/a-b-c) numaralı bentte gösterilen nedenlerle davacı yararına **BOZULMASINA,** davalının vekalet ücretine yönelik temyiz itirazı dışında tüm, davacının diğer temyiz itirazlarının (1) numaralı bentte gösterilen nedenlerle reddine, bozma nedenine göre davalının vekalet ücretine yönelik temyiz itirazının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına 12/05/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

NÜFUS KAYITLARI
•
SAĞKEN ÖLÜ GÖSTERİLEN DAVACI

ÖZET: Görev sorunu, açıkça veya hiç ileri sürülmese de kendiliğinden (re'sen) dikkate alınır.

Y. 4. HD E.2016/4247, K.2016/6849, T. 24.05.2016

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalılar ... ve diğeri aleyhine 14/09/2015 gününde verilen dilekçe ile tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 29/12/2015 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 görüşüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacının davalı .. yönelik temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacının davalı ... yönelik temyizine gelince;

Dava, kişisel durum sicilinin yanlış tutulması nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı kızı .. 09/06/2001 tarihinde vefat etttiğini, ancak davalı hastanece nüfusa sehven kendisinin ölümünün bildirildiğini, davalı idare tarafından ölüm kaydının nüfusa işlendiğini, müvekkilinin kayıtlarda ölü olarak gözükmesinin müvekkiline telafisi güç zararlar verdiğini, ölüm kaydının .. esas, .. . karar sayılı ilamı ile düzeltildiğini, nüfus kayıtlarında düzeltme yapılana kadar resmi ve özel işlemlerinde mağduriyetler yaşadığını, ölen kızının ardından doğan kızlarını nüfusa kaydettiremediğini, sigortalı olamadığını, siyasi ve ticari faaliyette bulunamadığını, muayene olamadığı için verem hastalığı nedeniyle %82 malul kaldığını belirterek davalılardan tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalılar, davanın reddi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkemece, davacının kaydın hatalı olduğunu anladığı anda düzeltilmesi imkanı varken düzeltmeyerek aynı kaydı yıllarca kullandığı, davacının mahkemece kayıt düzeltilene kadar oluştuğunu iddia ettiği maddi ve manevi zararını sunduğu delillerle ispatlayamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davalı Üniversite bir kamu tüzel kişisidir. İşlem ve eylemleri kural olarak kamusal nitelik taşır. Tazminat istemine konu olayın kamu hizmetinin görüldüğü bir sırada doğduğu ve hizmet ile ilgili bulunduğu kabul edilmelidir. İdare'nin hizmet kusuru niteliğindeki eylemi sonucu meydana gelen zararlardan dolayı, İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince İdare'ye karşı, idari yargı yerinde tam yargı davası açılması gerekir.

Görev sorunu, açıkça veya hiç ileri sürülmese de kendiliğinden (re'sen) dikkate alınır. Mahkemece, davalı ... yönünden yargı yolu bakımından görevsizlik nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın, (2) no'lu bentte gösterilen nedenle davalı ... yönünden **BOZULMASINA;** davacının davalı ... Müdürlüğüne yönelik temyiz itirazlarının ilk bentteki sebeplerle reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 24/05/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

USUL HÜKÜMLERİ • KANUN YOLLARI

ÖZET: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş ise de, Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlamalarına kadar eski usul kanununun kanun yollarına başvurma hükümleri geçerli olacaktır.*

Y. 6. HD E. 2016/3379, K. 2016/3327, T. 22.4.2016

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş ise de, bu Kanuna 6217 Sayılı Kanunla ilave edilen Geçici 3. maddenin (.) bendinde, Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar, 1086 Sayılı Kanun'un kanun yollarına ilişkin hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı hükme bağlandığından, kararın düzeltmeye tabi kararlardan olup olmadığı, 1086 Sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenmiştir.

Hüküm, aylık kira bedelinin tespitine ilişkin olup, Sulh Mahkemesince verilmiştir. Hukuk Usülü Muhakemeleri Kanun'unun 440/III-1 ve 2. maddeleri gereğince; aynı yasanın 8. maddesinde gösterilen davalara ait hükümlerin onanmasına veya bozulmasına ilişkin kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilemez. Dava, 440/III-2. madde de ayrık tutulan davalardan da değiltdir. Bu itibarla inceleme olanağı bulunmayan karar düzeltme dilekçesinin reddi gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle karar düzeltme dilekçesinin **REDDİNE**- istek halinde peşin alınan karar düzeltme harcının karar düzeltme isteyene iadesine, 22/04/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

---

* Gönderen: Av. Reşit HALİS

TAŞINMAZIN MALİKİNİN DEĞİŞMESİ
•
ESKİ MALİKİN TAHLİYE İSTEYEMEYECEĞİ

ÖZET: Davalı borçlular, itiraz dilekçesinde, kiracılık ilişkisine itiraz etmemiştir. Ayrıca, davalılar yargılama sırasında da davacıların kiralayan olduğunu kabul ederek taşınmaza faydalı masraflar yaptıklarını belirterek ödeme savunmasında bulunmuştur. Bu durumda kiracılık ilişkisinin kesinleştiğinin kabulü gerekir. Kira sözleşmesi düzenleyen kiralayan olan kişinin malik olması şart değildir.

Y. 6. HD. E.2016/4675, K. 2016/3821, T. 10.05.2016

İcra mahkemesince verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı karar, davacılar tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı alacaklılar tarafından, davalı borçlular hakkında kira alacağı nedeniyle başlatmış olduğu icra takibi nedeniyle düzenlenen ödeme emrine borçlular tarafından itiraz edilmesi üzerine, davacı alacaklılar icra mahkemesine başvurarak itirazın kaldırılması ve tahliye isteminde bulunmuşlardır. Mahkemece davanın taşınmaza elbirliği halinde malik olan tüm paydaşların icra takibi yapmadığından ve taşınmaz malikinin değiştiğinden davanın reddine karar verilmiş, karar davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya kapsamına, toplanan delillere, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verilmiş olmasına, takdirde bir isabetsizlik bulunmamasına göre ve esasen kiralanan taşınmazın 18.05.2015 tarihinde dava dışı ... mülkiyetine geçmiş olduğundan davacıların tahliye isteyemeyeceğinin anlaşılmasına göre davacıların tahliyeye ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacıların alacağa yönelik temyiz itirazlarına gelince;

Türk Borçlar Kanununun 315.maddesi hükmü uyarınca temerrüt nedeniyle açılacak tahliye davasının kural olarak kiralayan tarafından açılması gerekir. Kira sözleşmesi düzenleyen kiralayan olan kişinin malik olması şart değildir. Başka bir anlatımla malik olmayan kişi de kirala-

yan olabilir, kira sözleşmesi imzalayabilir. Kiralayanlar birden fazla ise aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan ihtarnameyi birlikte göndermeleri ve yine davayı da birlikte açmaları zorunludur. Kiralayan durumunda olmayan malik veya kiralananı sonradan iktisap eden yeni malikin önceden kiracıya ihbar göndererek kira paralarının kendisine ödenmesini istemesi bu ihbarın sonuçsuz kalması halinde yasal içerikli ihtarname tebliğ ettirmek suretiyle dava açması gerekir. Kiralanan paylı mülkiyete konu ise, pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması, elbirliği mülkiyetine tabi ise, tüm ortakların davaya katılmaları gerekir. Dava hakkına ilişkin bu husus mahkemece kendiliğinden gözönünde bulundurulmalıdır.

İİK 269/2 maddesinde ödeme emrinin tebliği üzerine borçlu yedi gün içinde itiraz sebeplerini 62.madde hükümleri dâhilinde icra dairesine bildirmeye mecburdur. Borçlu itirazında kira akdini ve varsa buna ait mukavelenamedeki imzasını açık ve kesin olarak ret etmez ise akdi kabul etmiş sayılır. İcra İflas Kanununun 269/c maddesine göre borçlu akdi reddetmeyip kiranın ödendiğini veya sair bir sebeple istenemeyeceğini bildirerek İtiraz etmiş ise, itiraz sebeplerini açıkça bildirmek ve ödeme konusundaki itirazını noterlikçe re'sen tanzim veya imzası tasdik edilmiş veya alacaklı tarafından ikrar olunmuş bir belge ile ispat etmeye mecburdur.

Davacı alacaklılar, taraflar arasında 2007 yılı Temmuz ayı başlangıç tarihli sözlü kira akdinin varlığına dayanarak 30.03.2015 tarihinde başlatmış oldukları haciz ve tahliye istekli icra takibi ile takip tarihine kadar ödenmediği iddia olunan 48 aylık kira bedeli toplamı 4.800 TL nin tahsilini talep etmiş, ödeme emrinin davalı borçlulara 06.04.2015 tarihinde tebliğ edilmesinden sonra, davalı borçlular, süresi içinde vermiş olduğu 09.04.2015 tarihli itiraz dilekçesi ile; borca itiraz etmişlerdir. Davalı borçlular, itiraz dilekçesinde, kiracılık ilişkisine itiraz etmemiştir. Ayrıca, davalılar yargılama sırasında da davacıların kiralayan olduğunu kabul ederek taşınmaza faydalı masraflar yaptıklarını belirterek ödeme savunmasında bulunmuştur. Bu durumda kiracılık ilişkisinin kesinleştiğinin kabulü gerekir. Kira sözleşmesi düzenleyen kiralayan olan kişinin malik olması şart değildir. Bu nedenle mahkemece işin esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile taşınmazın davacılar dışında elbirliği halinde malikleri olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

Karar bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle tahliyeye ilişkin hükmün **ONANMASINA,** 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA** ve onanan kısım için aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edenlerden alınmasına, 10.05.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA SÖZLEŞMESİ • ANAHTAR TESLİMİ

ÖZET Kiracının anahtar teslimi yaptığını kanıtlayamaması halinde kira sözleşmesinin devam edeceği karinedir.

Davalı tarafından anahtar teslimi kanıtlanamadığından davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.

Y. 6. HD. E.2016/3570, K. 2016/3846, T. 11.05.2016

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı itirazın iptali davasına dair karar, davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, kira alacağının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali ve %20 icra inkar tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde; Taraflar arasındaki kira sözleşmesine dayalı olarak 2009-2010 kira dönemine ilişkin 2.000 Euro kira bedelinin ödenmemesi üzerine davacı tarafından borçlu ...'a ... 8. İcra Müdürlüğü'nün 2014/2731 Esas sayılı dosyası ile icra takibi başlatıldığını, davalı tarafça ödeme emrine itiraz edildiğini ve takibin durduğunu, belirterek itirazın iptaline, davalının %20'den aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına mahkum edilmesine karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili, cevap dilekçesinde, dava konusu işyerini 15.10.2008 yılında kiraladığını, 15.10.2009 yılına kadar olan kira borcunu peşin olarak davacıya elden ödediğini, 03.09.2009 tarihinde kira sözleşmesinin süresi bitmeden başka bir işyeri kiraladığını ve kiralayanların da kabulünü alarak işyerini

tahliye ettiğini, 2009 yılının 11 . ayının sonuna doğru 2.yıl kirasını da ödediğini, kiracı olarak bulunduğu döneme ilişkin kira borcu bulunmadığını, davacının, davalının terk etmiş olduğu işyerini davalının babası ...' a sözlü sözleşme ile kiraladığını, kendisi ile olan kira sözleşmesini ise davacının feshetmediğini, dava konusu işyerinde ...ın kiracı olarak bulunduğunu, babası adına kira sözleşmesi düzenlemedikleri için babasına ait olan kira borcunu kendisinden tahsil etmeye çalıştıklarını, belirterek davanın reddini savunmuş, Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Kiralananın tahliye edildiğinin (kiracının kiralananı iade borcunu yerine getirdiğinin) kabul edilebilmesi için, kiralananın fiilen boşaltılması yeterli değildir. Anahtarın da kiralayana teslim edilmesi gerekir. Kiracının bildirdiği tahliye tarihinin kiralayan tarafından kabul edilmemesi; başka bir ifadeyle, tahliye tarihinin taraflar arasında çekişmeli olması halinde; kiralananın fiilen boşaltıldığını ve anahtarın teslim edildiğini böylece kira ilişkisinin kendisince ileri sürülen tarihte hukuken sona erdirildiğini kanıtlama yükümlülüğü, kiracıya aittir. Kiracı, kiralananı kendisinin ileri sürdüğü tarihte tahliye ettiğini ispatlayamazsa, kiralayanın bildirdiği tahliye tarihine itibar olunmalıdır.

Anahtarın kiralayana teslimi, hukuki işlemin içerisinde yer alan bir maddi vakıa olmakla birlikte, sözleşmenin feshine yönelik bir hukuki sonuç doğurduğundan, bunun ne şekilde ispat edileceği hususu, yıllık kira bedelinin tutarı esas alınmak suretiyle, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 200 ve 201.maddeleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Eş söyleyişle, yıllık kira bedelinin tutarı senetle ispat sınırının üzerindeyse ve kiralayanın açık muvafakati yoksa bu yön kiracı tarafından ancak yazılı delille ispatlanabilir; tanık dinlenemez. Kiralayan anahtarı almaktan kaçınırsa, kiracının yapması gereken, mahkemeden bu yolda tevdi mahalli tayinini isteyip, tayin edilecek yere anahtarı teslim etmek ve durumu kiralayana bildirmektir. Kiracının kiralananı iade borcu, ancak bu şekilde, durumun kiralayana bildirildiği tarihte son bulur. Aksi takdirde, kiracının kira parasını ödemek de dahil olmak üzere, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri devam eder.

Taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmayan 15/10/2008 başlangıç tarihli kira sözleşmesi ile kiralanan işyerinin davalı ... tarafından 03.09.2009 tarihinde başka bir işyeri kiralanarak tahliye edildiği iddia edilmiş, davacı kiralayan tarafından taşınmazın tahliye edildiğine karşı çıkılmıştır. İş bu davada davacı kiralayan 2009-2010 dönemi kira bedeli olan 2000€'nun tahsilini talep etmiştir. Mahkemece, davalının söz konusu işyerini birlikte çalıştığı babası ile işini ayırmak suretiyle 2009 yılı içinde

kiranın 1.yılı dolmadan terkettiği, işyerinin davalının babası tarafından kullanılmaya devam edildiği bu durumun davacı tarafından da bilindiği kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir. Taraflar arasında yazılı kira sözleşmesi bulunmakta olup davalı tarafından anahtar teslimi kanıtlanamadığı sürece devam ettiğinin kabulü gerekir. Sözleşmeyi kiracı sıfatıyla davalı ... imzaladığından davanın Nehir'e yönlendirilmesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır.

Bu durumda mahkemece davalı tarafından anahtar teslimi kanıtlanamadığından davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 11.05.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAHLİYE • İHTAR

ÖZET: Somut olayda; taraflar arasında 01.07.1997 başlangıç tarihli 3 yıl süreli kira sözleşmesi konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu durumda 27.02.2014 keşide tarihli ihtarın tebliğ tarihi araştırılarak, sözleşmenin başlangıç tarihine göre 01.07.2013 – 31.06.2014 dönemi için 3 ay öncesinden ihtar tebliğ edilmiş ise davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile tahliye isteminin reddine karar verilmesi doğru değildir.

Y. 6. HD. E.2015/11403, K. 2016/4059, T. 23.05.2016

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, TBK 347. maddesine dayalı on yıllık uzama süresinin dolması nedeniyle tahliye istemine ilişkindir. Mahkemece, tahliye isteminin reddine karar verilmiş, hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 347/1.maddesi hükmüne göre konut ve çatılı işyeri kiralarında kiraya veren sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminde en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşemeye son verebilir.

6101 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Geçici 2.maddesi uyarınca, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce TBK.nun 347.maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen kira sözleşmelerinden 10 yıllık uzama süresi dolmamış olmakla birlikte geri kalan süre beş yıldan daha kısa olanlar hakkında yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl, on yıllık uzama süresi dolmuş olanlar hakkında da yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 2 yıl sonra uygulanacağı öngörülmüştür.

Davacılar vekili dava dilekçesinde; taraflar arasında akdedilen kira sözleşmesinin başlangıç tarihinin 1997 olup, 2014 yılı itibariyle TBK'nın 347.maddesi şartlarının gerçekleştiğini, bu hususta davalı tarafa noter aracılığıyla ihtar gönderildiğini ileri sürerek davalının kiralanandan TBK'nın 347.maddesi uyarınca tahliyesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı şirket vekilince, davacı tarafından gönderilen ihtarın yasanın öngördüğü süre olan yürürlük tarihi öncesinde tebliğ olunmakla geçerli bir fesih beyanı niteliği taşımadığını ileri sürülerek davanın reddi savunulmuştur. Mahkemece, 6101 Sayılı Kanun'un geçici 2.md. uyarınca TBK'nın 347.maddesinin kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 2 yıl sonra uygulanabileceği, bu durumda TBK'nın 347.maddesinin 01.07.2014 tarihinden önce uygulanmasının mümkün olmadığı, yine kanunun 347.maddesinde "en az 3 ay önce" bildirimde bulunmak koşulundan bahsedildiği, davacı tarafın davalı tarafa yapmış olduğu bildirim tarihinin ise 03.03.2014 olmakla, TBK'nın 347. maddesi hükmü yürürlüğe girmeden gönderildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

6101 Sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun geçici 2. maddesi gereğince TBK'nın 347.maddesi 01.07.2014 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanacak olup, TBK 347.madde metninde de görüleceği üzere ihtar "…her uzama yılının bitiminden itibaren en az üç ay önce…" yapılmalıdır denilmekle, kanunun düzenlemesinden verilen

üç aylık sürenin asgari süre olduğu, bildirimin uzama yılının bitimine üç ay kala kiracının elinde olmasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır. 6101 Sayılı Yasanın Geçici 2. maddesi ile TBK.347 maddesinde verilen fesih imkanının konut ve çatılı işyeri kiraları sözleşmeleri bakımından bir defaya mahsus olmak üzere ertelenmesinin gerekçesi; TBK.nun 347/1 maddesinin derhal uygulanması sonucunda kiracıların zarara veya mağduriyete uğramalarının ve doğması muhtemel sorunların önlenmesidir. 6101 Sayılı Yasanın geçici 2. maddesinden dava açma için şart olunan bildirim tarihinin de 01.07.2014 tarihine kadar ertelendiği anlamı çıkarılamaz.

Somut olayda; taraflar arasında 01.07.1997 başlangıç tarihli 3 yıl süreli kira sözleşmesi konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu durumda 27.02.2014 keşide tarihli ihtarın tebliğ tarihi araştırılarak, sözleşmenin başlangıç tarihine göre 01.07.2013 – 31.06.2014 dönemi için 3 ay öncesinden ihtar tebliğ edilmiş ise davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile tahliye isteminin reddine karar verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA,** istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 23.05.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY BOZMASI • TAKİBİN DURMASI • YENİ KARAR • TAKİBE DEVAM

ÖZET: Yargıtay bozmasıyla icra takibi durur.

Bozmadan sonra verilecek yeni karara dayanılarak yeni bir icra takibi yapılması usul ekonomisine aykırı olup, mükerrerlik de oluşturur.

Bu nedenle, duran ilk takip üzerinden borçluya muhtıra gönderilerek takibe devam edilir.

Y. 8. HD E. 2013/18849, K. 2014/8843, T. 06.5.2014

Borçlu aleyhine ilama dayalı olarak başlatılan takipte, borçlu vekili İcra Mahkemesi'nden alacaklının mükerrer takip yaptığından bahisle Şereflikoçhisar İcra Müdürlüğü'nün 2013/149 Esas sayılı icra takibinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, alacaklının, ilamın bozulmasından sonra yeni verilen ilamın icrasını derdest takip dosyasından isteyebileceği gibi yeni bir ilamlı takipte de isteyebileceği gerekçesiyle istemin reddine karar verilmiştir.

Alacaklı vekili tarafından, Şereflikoçhisar 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 2009/321 Esas ve 2011/22 Karar sayılı ilamı, Şereflikoçhisar İcra Müdürlüğü'nün 2011/48 Esas sayılı dosyasında takip konusu yapıldıktan sonra, ilamın bozulması üzerine aynı Mahkemece Tüketici Mahkemesi sıfatıyla verilen 2012/291 Esas ve 490 karar sayılı ilam ise; Şereflikoçhisar İcra Müdürlüğü'nün 2013/149 Esas sayılı dosyasında takibe konulmuştur.

İİK'nin 40.m. gereğince bir ilamın nakzı icra muamelelerini olduğu yerde durduracağından alacaklının takibine dayanak yaptığı ilamın bozulması üzerine icra muameleleri olduğu yerde durur. Bozma kararından sonra bozmaya uyularak yeni verilen ilamla alacaklının duran takibine devam etmesi ve ilamdan kaynaklanan fark alacaklarının muhtıra gönderilmesi suretiyle tahsili mümkündür. Bu şekilde devam edilebilecek ilk takipten feragat edilmeksizin başlatılan ikinci takip mükerrerlik oluşturacağı gibi usul ekonomisi ilkesine de aykırılık teşkil eder.

O halde; Mahkemece, şikayetin kabulü ile Şereflikoçhisar İcra Müdürlüğü'nün 2013/149 Esas sayılı dosyasındaki icra takibinin iptaline karar vermek gerekirken, yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ

Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme hükmünün yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca HUMK'un 388/4. (HMK m.297/ç) ve İİK'nin 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, 06.05.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verilmiştir.

YARGITAY BOZMASI • TAKİBİN DURMASI • YENİ KARAR • TAKİBE DEVAM

ÖZET: Yargıtay bozmasıyla icra işlemleri durur. Bozmadan sonra verilecek yeni karara dayanılarak borcluya yeni bir takip yapılamaz. Böyle bir takip yapılmış ise mükerrerlikten dolayı iptal edilir.

Asıl takipte bir miktar ödeme yapılmış ise, gerektiğinde bilirkişi incelemesiyle mahsup yapılarak asıl takibe devam edilir.

Y.8. HD E. 2014/13246, K. 2014/14535, T. 08.07.2014

Alacaklılar tarafından borçlular aleyhine başlatılan ilamlı takipte borçlular vekili İcra Mahkemesi'ne başvurusunda takip dayanağı ilamın takibe konulmasından sonra bozulduğunu, bozma sonrası verilen ilamla ayrı bir takip başlatılarak mükerrer takip yapıldığını ve ilk icra dosyasına yapılan 50000 TL ödeme düşülmeden takip başlatılması nedeniyle fazla faiz hesaplandığından bahisle 2013/2659 Esas sayılı takip dosyasındaki takibin iptalini istemiştir. Mahkemece 2013/2669 Esas sayılı dosyada 42.000 TL asıl alacak ve 38.350,52 TL işlemiş faiz yönünden takibin kısmen iptaline karar verilmesi üzerine; hüküm borçlu vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İİK'nin 40. maddesi gereğince; bir ilamın nakzı icra muamelelerini olduğu yerde durdurur.

6098 sayılı TBK'nın 100. (Eski 818 sayılı BK 84.) maddesinde, "borçlu faiz veya masrafları tediyede gecikmiş değil ise, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahiptir. " hükmü yer almaktadır.

Somut olayda; Balıkesir 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/657 Esas-2012/33 Karar sayılı ilamının Balıkesir 4. İcra Dairesi'nin 2012/1856 Esas sayılı dosyada takibe konulduğu, anılan bu ilamın Yargıtay 3. Hukuk Dairesi tarafından bozulması üzerine bozma sonrası verilen Balıkesir 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2012/352 Esas-2013/80 Karar sayılı ilamı Balıkesir 4. İcra Müdürlüğü'nün 2013/2669 Esas sayılı dosyası ile takibe konulmuştur.

İİK'nın 40. maddesi gereğince bir ilamın nakzı icra muamelelerini olduğu yerde durduracağından alacaklının takiplerine dayanak yaptığı ilamın Yargıtay 3. Hukuk Dairesi tarafından bozulması üzerine icra muameleleri olduğu yerde durur. Bozma kararından sonra mahkemece bozmaya uyularak verilen Balıkesir 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2012/352 Esas-2013/80 Karar sayılı ilamıyla alacaklının duran takiplere devam etmesi mümkündür. İlk takipten feragat edilmeksizin aynı alacak için bozmadan sonraki ilama dayanılarak yeni

bir takip yapılması halinde sonraki tarihli takip mükerrer olacaktır. Bu durumda Mahkemece şikayetin kabulü ile mükerrer olduğu anlaşılan Balıkesir 4. İcra Müdürlüğü'nün 2013/2669 Esas sayılı takibin iptaline karar verilmesi ve gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle TBK'nun 100. maddesi gözetilerek önceki takip dosyasından ödeme tarihine göre 50,000 TL ödemenin mahsubu sonucunda dosya borcunun belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlular vekilinin temyiz itirazlarının yukarıda yazılı nedenlerle kabulü ile mahkeme kararının bu nedenle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, taraflarca HUMK'un 388/4. (HMK m.297/ç) ve İİK'nin 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, 08.07.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY BOZMASI • TAKİBİN DURMASI

ÖZET: Mahkeme ilamının Yargıtay tarafından bozulmasıyla icra takibi durur ve bu noktadan sonra icra dosyasında hiçbir işlem yapılamaz.

Y. 8. HD E. 2014/16684, K. 2014/17093, T. 25.9.2014

Borçlular hakkında başlatılan takibe dayanak ilam 11.10.2012 tarihinde Yargıtay 17. Hukuk Dairesi tarafından bozulmuştur.

İcra Müdürlüğü'nce 22.01.2013 tarihinde teminat mektubunun 66.078,82 TL kısmının çözülmesine karar verilmiştir.

Borçlulardan I.. A... İcra Mahkemesi'ne başvurusunda ilamın bozulması nedeniyle icra işlemlerinin İİK'nın 40. maddesine göre durdurulmasını, İcra Müdürlüğü kararının iptalini istemiştir.

İİK 40. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ilamın bozulması üzerine icra muameleleri olduğu yerde durur.

Somut olayda, ilam şikayetçi borçlu sigorta şirketi yönünden ve onun lehine bozulmuş olup adı geçen madde uyarınca hakkındaki takibin duracağının kabulü gerekir. Bu nedenle bozmadan sonra yapılan İcra Müdürlüğü işleminin iptaline karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle İİK'nin 366. ve 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, taraflarca HUMK'un 388/4. (HMK m.297/ç) ve İİK'nin 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine 25.09.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY BOZMASI • TAKİBİN DURMASI • MAAŞ HACZİ

ÖZET: Yargıtay bozmasıyla icra takibi durur.

Maaş haczi yapılmış ise, haciz baki kalmak şartıyla maaş kesintileri durdurulur ve borçlunun maaşından kesinti yapılmaz.

Y. 8. HD E. 2013/5974, K. 2013/9986, T. 25.6.2013

Borçlu vekili, vekil edeni aleyhine ilama dayalı başlatılan icra takibinde, dayanak ilamın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nce bozulması üzerine İcra Müdürlüğü'nen takibin ve borçlunun maaşından yapılan kesintilerin durdurulması istediklerini, İcra Müdürlüğü'nün takibi durdurmasına karşılık haczin kaldırılmasının reddine karar verdiğini, haciz kaldırılması talepleri olmadığından, İcra Müdürlüğü'ne tekrar müracaatla duran takipte maaş kesinlilerinin devam edemeyeceğini belirterek, maaş kesintilerinin de durdurulması talebinde bulunduklarını, bu taleplerinin de reddine karar verildiğini açıklayarak, Bodrum 1. İcra Müdürlüğü'nün 27.6.2012 ve 2.7.2012 tarihli Müdürlük kararlarının kaldırılarak, maaş kesintilerinin durdurulmasına karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, dayanak ilamın tümden bozulmadığı, alacaklının her durumda alacağının bulunduğu, takip durdurulduğundan dosyaya gelen para alacaklıya ödenmeyeceğinden borçlunun mağduriyetinin olmayacağı gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmesi üzerine, hüküm, borçlu vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İİK'nin 40. maddesi gereğince bir ilamın nakzı icra muamelelerini olduğu yerde durdurur.

Somut olayda, dayanak ilamının Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 6.2.2012 tarihli kararıyla bozulduğu, bozma kapsamına göre kesinleşen bir alacak kaleminin bulunmadığı, Mahkemece yeniden verilen ve kesinleşen bir kararın da olmadığı, bu durumda İİK'nin 40/1 fıkrası uyarınca takip duracağından, borçlunun maaşından haciz sabebiyle kesintilere devam edilmesinin takibin devamı mahiyetinde oludğu, haciz baki kalmak koşuluyla maaş kesintilerinin de durdurulmasına karar verilmesi gerekirken, İcra Müdürlüğü'nce 27.6.2012 ve 2.7.2012 tarihli kararlarla istemin reddine karar verilmesi isabetsizdir. Mahkemece açıklanan gerekçelerle şikayetin kabulüne ve bahse konu Müdürlük kararlarının (27.6.2012 tarihli kararda talebin reddine dair kısmın) kaldırılarak, haciz baki kalmak koşuluyla borçlunun maaşından yapılan kesintilerin de durdurulması yö-

nünde İcra Müdürlüğü'ne talimat vermek gerekirken yazılı gerekçelerle şikayetin reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle Mahkeme kararının yukarıda açıklanan sebeple İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri gereğince **BOZULMASINA,** taraflarca HUMK'un 388/4. (H.M.K. m 297/ç) ve İİK'nın 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itiaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme istiğinde bulunabileceğine 25.6.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY BOZMASI • YENİ KARAR • TAKİBİN DEVAMI

ÖZET: Yargıtay bozmasıyla icra takibi durur.

Bu icra takibinden feragat edilmemiş ise, Yargıtay bozmasından sonra verilen yeni kararla borçluya karşı yeni bir icra takibi yapılamaz.

Bu konuda mükerrerliğin mevut olup olmadığı bilirkişi incelemesiyle değil, mahkeme yargıcının incelemesiyle tespit edilir.*

Y. 8. HD. E. 2015/305, K. 2015/5256, T. 26.2.2015

Alacaklı vekili tarafından,. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 2010/593 Esas ve 2012/637 Karar sayılı ilamı,. İcra Müdürlüğü'nün 2012/9827 Esas sayılı dosyasında takip konusu yapıldıktan sonra, ilamın bozulması üzerine aynı Mahkemece verilen 2014/81 Esas ve 308 Karar sayılı ilam; İcra Müdürlüğü'nün 2014/5412 Esas sayılı dosyasında takibe konulmuştur.

İİK'nın 40. m. gereğince bir ilamın nakzı icra muamelelerini olduğu yerde durduracağından alacaklının takibine dayanak yaptığı ilamın bozulması üzerine icra muameleleri olduğu yerde durur. Bozma kararından sonra bozmaya uyularak yeni verilen ilamla alacaklının duran takibine devam etmesi ve ilamdan kaynaklanan fark alacaklarının muhtıra gönderilmesi suretiyle tahsili mümkündür. Bu şekilde devam edilebilecek ilk takipten feragat edilmeksizin başlatılan ikinci takip mükerrerlik oluşturacağı gibi usul ekonomisi ilkesine de aykırılık teşkil eder.

---

* Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 20.3.2015 T. 2015/1324, 2015/6533, Sayılı Kararı da aynı doğrultudadır.

O halde; Mahkemece, şikayetin kabulü ile .. İcra Müdürlüğü'nün 2014/5412 Esas sayılı dosyasındaki icra takibinin iptaline karar vermek gerekirken, yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

Kaldı ki; HMK'nın 266. maddesi uyarınca hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.Takibin mükerrer takip niteliği taşıyıp taşımadığının tespiti İcra Hakiminin genel ve hukuki bilgisi ile çözümlemesi gereken bir mevzudur. Bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonuca gidilmesi hakimlik mesleği ile bağdaşmayacağı gibi yasaya aykırılık da teşkil etmektedir. Bu husus göz önünde bulundurulmadan bilirkişi incelemesi yaptırılması da doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme hükmünün yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca HUMK'un 388/4. (HMK m.297/ç) ve İİK'nin 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, 26.02.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY BOZMASI • TAKİBİN DURMASI • YENİ KARAR TAKİBİN DEVAMI

ÖZET: Yargıtay bozmasıyla icra takibi durur.

Bozma kararından sonra verilecek yeni ilama ilişkin alacaklar icra dosyasından gönderilerek olan muhtıra ile borçludan istenebilir.

Bu nedenle borçluya karşı yeni bir ikinci bir icra takibi yapılamaz.

Y. 8 HD E. 2014/9212, K. 2015/9405, T. 27.4.2015

Borçlu aleyhine ilama dayalı olarak başlatılan takipte, borçlu vekili İcra Mahkemesi'nden alacaklının mükerrer takip yaptığından bahisle İcra Müdürlüğü'nün 2013/17706 Esas sayılı icra takibinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, alacaklının, bozmadan sonra bozmaya uyularak verilen yeni karar için yeni bir takip başlatmasında herhangi yasal bir engel bulunmadığı gerekçesiyle istemin reddine karar verilmiştir.

Alacaklı vekili tarafından, Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 2012/234 Esas ve 2013/252 Karar sayılı ilamı İcra Müdürlüğü'nün 2013/9244 ve 2013/9245 Esas sayılı dosyalarında takip konusu yapıldıktan sonra, ilamın bozulması üzerine Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 2013/352 Esas ve 2013/542 Karar sayılı ilam ise; İcra Müdürlüğü'nün 2013/17706 Esas sayılı dosyasında takibe konulmuştur.

İİK'nın 40. maddesi gereğince bir ilamın nakzı icra muamelelerini olduğu yerde durduracağından alacaklının takibine dayanak yaptığı ilamın bozulması üzerine icra muameleleri olduğu yerde durur. Bozma kararından sonra bozmaya uyularak yeni verilen ilamla alacaklının duran takibine devam etmesi ve ilamdan kaynaklanan fark alacaklarının muhtıra gönderilmesi suretiyle tahsili mümkündür. Bu şekilde devam edilebilecek ilk takipten feragat edilmeksizin başlatılan ikinci takip mükerrerlik oluşturacağı gibi usul ekonomisi ilkesine de aykırılık teşkil eder.

O halde; Mahkemece, şikayetin kabulü ile İcra Müdürlüğü'nün 2013/17706 Esas sayılı dosyasındaki icra takibinin iptaline karar vermek gerekirken, yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ

Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme hükmünün yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca HUMK'un 388/4. (HMK m.297/ç) ve İİK'nin 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, 27.04.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verilmiştir.

YARGITAY BOZMASI • TAKİBİN DURMASI • TAKİBİN İPTALİ TALEBİ

ÖZET: Yargıtay bozmasıyla icra takibi durur. Takibin bu şekilde durması takibin iptali için yapılmış olan şikayet başvurusunu durdurmaz.

Y. 8 HD E. 2014/11248, K. 2015/13198, T. 15.6.2015

Borçlu vekili, vekil edeni aleyhine ... İcra Müdürlüğü'nün 2013/1048 Esas sayılı takip dosyası ile ilamlı takip başlatıldığını, dayanak ilamın kesinleşmeden takibe konulamayacağını belirterek takibin iptalini talep etmiştir.

Mahkemece; dayanak ilamın icraya konulduktan sonra Yargıtayca bozulmasına karar verildiği, dolayısıyla ilamın ortadan kalktığı, gerekçesiyle şikayetin kabulüne, takibin iptaline karar verilmiş, hüküm alacaklı vekilince temyiz edilmiştir.

İİK'nin 40. maddesinin birinci fıkrasına göre takibe konu ilamın bozulması ile icra muameleleri olduğu yerde durur.

Somut olayda takibe konu ilam bozulmakla, takibin durduğu ancak takibin durmasının şikayetin esasını incelemeye engel teşkil etmediği, bu nedenle şikayetin esasının incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca HUMK'un 388/4. (HMK m.297/ç) ve HMK'nun 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine ve peşin alınan hacın istek halinde temyiz edene iadesine 15.06.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY BOZMASI • TAKİBİN DURMASI • TAKİBİN DEVAMI

ÖZET: Mahkeme kararının Yargıtay tarafından bozulması üzerine icra işlemleri olduğu yerde durur.

Bozma kararından sonra verilen yeni ilamla alacaklı yeni bir icra emri veya muhtıra düzenlenmesini isteyerek duran takibe devam edilebilir.

Bu nedenle bozmadan sonra yeni bir takiple alacakların tahsili istenemez.*

Y. 8. HD. E. 2014/20865, K. 2016/255, T. 8.1.2016

Borçlu vekili, müvekkili aleyhine ... İcra Müdürlüğü'nün 2011/... Esas sayılı dosyası ile başlatılan takibe konu, ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/... Esas - 2012/... sayılı Kararının bozulması ile yeniden yapılan yargılama sonrası verilen kararın ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 2014/... Esas sayılı dosyası ile ayrı bir takibe konu edildiğini, ikinci takibin usulsüz olduğunu belirterek, takibin iptalini talep etmiştir.

Mahkemece, ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 2014/... Esas sayılı dosyası ile yapılan takipte hukuka aykırı bir yön olmadığı gerekçesi ile şikayetin reddine karar verilmesi üzerine, hüküm borçlu vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İİK. 40. maddesi gereğince, bir ilamın bozulması, icra muamelelerini olduğu yerde durduracağından takibe konu ilamın bozulması üzerine icra muameleleri olduğu yerde durur. Bozma kararından sonra Mahkemece bozmaya uyularak verilen ilamla alacaklının yeni bir icra emri veya muhtıra düzenlenmesini isteyerek, duran takibine devam etmesi ve fark alacaklarının tahsili mümkündür.

Somut olayda, alacaklı tarafça borçlu hakkında, ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/... Esas 2012/... Karar sayılı ilamından kaynaklanan iştirak nafakası alacağına ilişkin olarak icra takibi başlatıldığı, bozma sonrası verilen kararın ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 2014/... Esas sayılı dosyası ile ayrı bir takibe konu edildiği anlaşılmaktadır. İlk takipten fe-

* Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 23.12.2015 T. 2014/20530,-2015/27071 ve 3.7.2015 T. 2015/10005-2015/14441 Sayılı Kararları da aynı doğrultudadır.

ragat edilmeksizin, bozmadan sonra ki ilama dayanılarak yeni bir takip yapılması halinde, ikinci takip mükerrer olacağından Mahkemece şikayetin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile şikayetin reddi yönünde hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

SONUÇ

Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca İİK'nın 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve 25,20 TL peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 18.01.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN BOZULMASI • İCRANIN DURMASI • MEVCUT HACİZLER

ÖZET: Yerel mahkeme ilamının bozulması üzerine icra takibi olduğu yerde durur. Bu durumda mevcut hacizler kaldırılmaz.

Y. 8. HD. E. 2016/4838, K. 2016/6719, T. 13.4.2016

Borçlu vekili, icra takibine konu ilamın, Yargıtay 15. HD kararı ile bozulduğunu, müvekkiline ait ayrı taşınmaza haciz konulduğunu, taşınmazlardan bir tanesinin teminat olarak kabul edildiğini, bunun dışındaki hacizlerin aşkın haciz olduğunu, ayrıca dayanak ilamın bozulması sebebi ile tüm taşınmazlar üzerindeki hacizlerin, İİK md. 36/5 ve İİK 40/2. maddeleri gereğince fekkine karar verilmesi gerekirken İcra Müdürlüğü'nce bu taleplerinin reddedildiğini belirterek, öncelikle ilamın bozulması sebebi ile tüm hacizlerin fekkini, mümkün olmadığı takdirde aşkın haciz talebinin kabulüne karar verilmesini istemiştir.

Alacaklı vekili, bozma ilamı ile takibin olduğu yerde durması gerektiğini belirterek, şikayetin reddini talep etmiştir.

Mahkemece, hükmün esas yönünden bozulduğu, yeniden mahkemesince yargılama yapılacağı, borçlunun hükmolunan parayı karşılayacak malvarlığının haczedilmesinin yanısıra borçludan ayrıca teminat alınması nedeniyle şikayetin kabulüne ve taşınmazlar üzerindeki hacizlerin kaldı-

rılmasına karar verilmiş, hüküm alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İİK 40. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ilamın bozulması üzerine icra muameleleri olduğu yerde durur.

Somut olayda, ... Asliye Hukuk Mahkemesi'nin ... sayılı ilamına istinaden başlatılan takipte, takibin kesinleşmesi üzerine İcra Müdürlüğü'nce borçlunun taşınmazlarına haciz konulmuş, dayanak ilam ise Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin ... sayılı ilamı ile bozulmuştur. Bu durumda, dayanak ilamın bozulmuş olması sebebi ile takibin olduğu yerde duracağı düşünülmeksizin, hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi doğru değildir.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesinin yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca İİK'nın 366/3. maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, 27,70 TL peşin harcın istek halinde geri verilmesine 13.04.2016 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

KESİNLEŞME ŞARTI • İLAMIN İNFAZI

ÖZET: Bazı ilamlar kesinleşmeden infaz edilemez. Bunlar taşınmazlara ve buna ilişkin ayni hakları, aile ve şahsın hukukuna ilişkin ilamlar,- kira tespit ilamları, menfi tespit davasına ilişkin ilamlar, yabancı mahkeme ilamlarının tenfizi hakkındaki kararlardır.

Y. 8. HD. E.2016/640, K.2016/9159 T.26.05.2016

Yukarıda tarih ve numarası yazılı Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki davalı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daire'ye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Borçlu vekili, takip dayanağı ilamın kesinleşmeden takibe konulamayacağını belirtip takibin iptalini istemiş, mahkemece şikayetin kabulüne karar verilmesi üzerine, hüküm alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Talep, İİK'nın 41. maddesi yollamasıyla İİK'nın 16. maddesine dayalı şikayete ilişkindir.

6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesi yollamasıyla uygulanması gereken HUMK'un 443/1 (HMK. 367/1 m.) maddesi gereğince, temyiz kararın icrasını durdurmaz. Yani kural olarak kararın kesinleşmemiş olması, kararın yerine getirilmesini önlemez. Bu kuralın istisnaları da yine yasalarda düzenlenmiştir.

Taşınmaza ve buna ilişkin ayni haklara, aile ve şahsın hukukuna ilişkin ilamlar (HUMK.443/4 m.),

Kira tespit ilamları (12.11.1979 tarih 1979/1-3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı), Menfi tespit davasına ilişkin ilamlar (İİK 72. madde), Yabancı Mahkeme ilamlarının tenfizi hakkındaki kararlar (MÖHUK. 41/2), kesinleşmeden infaz edilemez.

Somut olayda takip dayanağı ilam; kiracılık ilişkisinin devam ettiğine ve kiracılık sıfatının tesptine yönelik olumlu tespit davası olup kira tespit davası niteliğinde değildir.

Bu durumda dayanak ilamın takibe konu edilmesi için, kesinleşmesi gerekmez.

Mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken istemin yazılı gerekçe ile kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,**

İDARE MALLARI • ÖZEL MÜLKİYET

ÖZET: Kural olarak muhdesatın arz malikinden başkasına aidiyetinin tespiti istenemez. Kamuya ait mera, yaylak, kışlak, genel harman yeri, orman, aktif dere yatağı niteliğindeki taşınmazlar özel mülkiyete konu olamaz.

Y. 8. HD. E.2016/8158, K.2016/9637 T. 02.06.2016

Yukarıda tarih ve numarası yazılı Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki davalı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daire'ye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, dava konusu ... parsel sayılı taşınmazın ... Barajı'nın göl tarafında kaldığını, ... tarafından kamulaştırma çalışmalarına başlanıldığını açıklayarak dava konusu taşınmaz sınırları içerisinde bulunan ev, odunluk, kümes, sondaj kuyusu ve 11 adet ağacın vekil edenine aidiyetinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı ... vekili, savunmada bulunmamıştır.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmesi üzerine, hüküm davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur (4721 s.lı TMK 684/1 m). Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyet kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere kalıcı yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer (TMK 718 m). 22.12.1995 tarih ve 1/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da vurgulandığı gibi Eşya Hukukunda, muhdesattan, bir arazi üzerinde kalıcı yapı ve tesisler ile bağ ve bahçe şeklinde dikilen ağaçları anlamak gerekir. Muhdesat, şahsi bir hak olup (TMK 722, 724, 729 m.ler), sahibine arazi mülkiyetinden ayrı bağımsız bir mülkiyet veya sınırlı bir ayni hak bahşetmez. Taşınmaz üzerindeki kalıcı yapı, ağaç gibi bütünleyici parça niteliğindeki muhdesatların taşınmazın arzından ayrı bir mülkiyetinin varlığından söz edilemez. Açıklanan bu ilke ve esaslara göre, kural olarak muhdesatın arz malikinden başkasına aidiyetinin tespiti istenemez.

Tespit davası, kendine özgü davalardan olup dava sonucunda istihsal edilecek ilamın icra ve infaz kabiliyeti bulunmamaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da bu davaların uygulama alanı sınırlıdır. Bilindiği üzere, tespit davalarının görülebilmesi için güncel hukuki yararın bulunması (6100 s.lı HMK 106/2 m) ve dava sonuçlanıncaya kadar da güncelliğini kaybetmemesi gerekir. Tespit davaları eda davalarının öncüsüdür, bu nedenle eda davası açılmasının mümkün olduğu hallerde, tespit davası açılmasında hukuki yararın bulunmadığı kabul edilmektedir. Hukuki yararın bulunması dava şartı olup, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından da re'sen gözetilir. Hukuki yararın bulunmadığının tespiti halinde davanın, dava şartı yokluğu gerekçesiyle usulden reddine karar verilmelidir (HMK 114/1-h, 115 m.)

Öğretide ve Yargıtay›ın devamlılık gösteren uygulamalarında, taşınmaz hakkında derdest ortaklığın giderilmesi davasının, kentsel dönüşüm uygulamasının ya da kamulaştırma işleminin bulunması gibi istisnai durumlarda muhdesatın tespiti davasının açılmasında güncel hukuki yararın bulunduğu kabul edilmektedir.

Somut olaya gelince; dava konusu ... parsel sayılı taşınmazın; davalı olduğu belirtilerek ve malik hanesi boş bırakılarak tescilinin yapıldığı, davalı tarafça temyiz dilekçesinde taşınmazın mera vasıflı olduğunun ileri sürüldüğü anlaşılmaktadır.

26.05.2004 gün ve 5177 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 19. maddesine eklenen ek fıkra hükmüne göre, başkası adına tapulu veya tapusuz bir taşınmazın kamulaştırılması halinde, taşınmazda malik olmayan ancak üzerindeki muhdesatı meydana getiren kişilere muhdesatın kamulaştırma bedelinin kendisine verilmesini sağlama amacıyla zilyetliği tespit davası açma hakkı tanınmış ise de, kamuya ait mera, yaylak, kışlak, genel harman yeri, orman, aktif dere yatağı niteliğindeki taşınmazların özel mülkiyete konu olamayacakları, bu taşınmazların zilyetlikle edinilemeyecekleri, bu nedenle de bu nitelikteki taşınmazlar üzerinde meydana getirilen muhtesatlara hukuki değer verilemeyeceği gözönüne alındığında, dava konusu taşınmazın niteliğinin araştırılıp soruşturularak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Ne var ki; Mahkemece taşınmazın niteliği usulüne uygun olarak araştırılmamış, muhdesatların üzerinde bulunduğu taşınmaz hakkında yapıldığı öne sürülen kamulaştırma ile ilgili kayıt ve belgelerle, kamulaştırma haritası getirtilip uygulanmamış, muhdesatların bulunduğu taşınmazın kamuya ait mera, yaylak, kışlak, genel harman yeri, orman veya aktif dere

yatağı niteliğinde olup olmadığı hususu ile kamulaştırma sahası içinde kalıp kalmadığı belirlenmemiştir.

O halde Mahkemece yapılacak iş, öncelikle az yukarıda açıklandığı şekilde, dava konusu taşınmazın tesciline esas belgeler (tapulama/kadastro tutanağı, mera, yaylak, kışlak kütüğü. Kadastro Mahkemesi dosyası) getirtilerek davaya konu muhdesatların üzerinde bulunduğu taşınmazın niteliği yöntemine uygun biçimde araştırılıp soruşturulması, taşınmazın niteliğinin duraksama olmaksızın belirlenmesi, taşınmazın belirlenecek niteliğine göre davacının taşınmaz üzerindeki muhdesatlar yönünden dava hakkının bulunup bulunmadığının düşünülmesi, dava hakkının bulunduğu kabul edildiği takdirde; kamulaştırmaya ilişkin evraklar ve kroki de eklenerek, taşınmazın hangi kısmının kamulaştırmaya konu olduğunun belirlenmesi, fen bilirkişi tarafından düzenlenen ... tarihli bilirkişi raporu ve krokisindeki muhdesatların kamulaştırma krokisi ile çakıştırılarak, muhdesatların bulunduğu bölümün kamulaştırılıp kamulaştırılmadığının tespit edilmesi ve bu hususları gösterir rapor alınması, toplanan ve toplanacak tüm delillerin sonucuna göre bir hüküm verilmesi gerekir. Mahkemece böylesine bir araştırma ve soruşturma yapılmadan, eksik araştırma ve soruşturma ile yazılı şekilde hüküm verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle, davalı ... vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan kabulü ile Yerel Mahkeme hükmünün 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca HUMK'un 440/1 maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, 02.06.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

BELİRSİZ ALACAK KAVRAMI • BELİRSİZ ALACAK DAVASI

ÖZET: Yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiren her alacağın belirsiz alacak olduğu kabul edilmelidir.*

Y. 9. HD E. 2014/31734 K. 2014/35646 T. 26.11.2014

Davacı vekili, davacının davalı işyerinde 14/05/2007 tarihinde alüminyum ustası olarak işe girdiğini ve 03/04/2011 tarihinde iş akdinin haksız olarak feshedildiğini, davacının 11/04/2011 tarihinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Kocaeli Bölge Müdürlüğüne başvurarak ihbarda bulunduğunu, yapılan inceleme sonucunda işverence haksız fesihte bulunduğu ve kıdem ile ihbar tazminatının ödenmesi gerektiğinin tespit edildiğini, ancak davalı işverenin söz konusu rapora itiraz ederek raporun iptali ve iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini ve işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmemesi gerektiğinin tespiti talebi ile Gebze 3. İş Mahkemesinde dava açtığını, yapılan yargılama sonucunda Gebze 3. İş Mahkemesinin 12/03/2013 tarihli 2011/1335 Esas ve 2013/60 Karar sayılı kararı ile davanın reddine ve müvekkilinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığının tespit edilerek hükme bağlandığını, davalı tarafın kararı temyiz etmesi üzerine dosyanın Yargıtay incelemesinden geçerek, kararın onanarak kesinleştiğini, davacının fesih tarihindeki aylık ücretinin 1.560,00 TL brüt olduğunu belirterek, kıdem ve ihbar tazminatını belirsiz alacak davası konusu ederek, kısmi miktarlar belirleyerek talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının şirkette 14/05/2007 tarihinde üretim işçisi olarak çalışmaya başladığını ve 24/03/2010 tarihli yazı ile bölüm değişikliği bildirimi yapıldığını, ancak davacının tebliğ edilmek istenen belgeyi tebellüğden imtina ettiğini, şifahen bölüm değişikliğini kabul etmediğini bildirdiğini, bunun üzerine davacının devam eden olumsuz hal ve hareketleri de göz önüne alınarak iş akdinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

---

* Bu sayıda Belirsiz Alacak davasıyla ilgili yer verdiğimiz 359. sayfadaki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına bakınız.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece bilirkişi hesap raporu alınmasına rağmen yapılan yargılama sonunda, 6100 sayılı HMK'nın 107. madde gerekçesinde belirtildiği üzere davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesinin gerektiği, belirleyememe hali, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen miktar veya değerin belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkansızlığa dayanması gerektiği, açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, belirsiz alacak davası açılamayacağı, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yararın aranacağı, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemeyeceği, özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, "baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez" şeklindeki açıklamayla, alacağın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması durumunda, belirsiz alacak davası açılarak bu davanın sağladığı imkanlardan yararlanmanın mümkün olmadığına işaret edildiği, bu değerlendirmeler ışığında mevcut davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı, uyuşmazlık konusu kıdem, ihbar tazminatı ile yıllık izin alacağı bakımından, talep içeriğinden açıkça anlaşıldığı üzere, davacı çalışma süresini, en son ödenen ücreti, alması gerektiğini iddia ettiği aylık ücret miktarını belirleyebileceği, tazminat hesaplamasına esas alınacak aylık ücrete ek para veya parayla ölçülebilen sosyal menfaatleri de belirleyebilecek durumda olduğu, bu halde dava konusu edilen alacakların gerçekte belirli bir alacak olması ve belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanlığı'nın 2013/12728 Esas- 2014/14350 Karar ve 26.05.2014 tarihli içtihadı nazara alınarak davanın hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davalı/davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 107. maddesinde belirsiz alacak ve tespit davası başlığı altında yeni bir dava türüne yer verilmiştir.

Maddeye göre;

(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun

imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabildiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir".

Belirtmek gerekir ki belirsiz alacak ve tespit davası;

1. Eda (tahsil talebi ile) davası niteliğinde belirsiz alacak davası(Fıkra 1),

2. Tespit niteliğinde belirsiz alacağı tespit davası(Fıkra 3).

3. Kısmi eda ve külli tespit davası(maddenin gerekçesinde) olmak üzere üç türlü açılabilir.

Her üç dava türünde zamanaşımı dava tarihi esas alınarak belirlenir. Kısaca davanın açılması, zaman¬aşımının alacağın tamamı için kesilmesi sonucunu doğurur. Temerrüt olmadığı sürece, sadece faizin uygulanması farklılık arzedecektir. Kısmi eda külli tespit davasının, belirsiz alacak tahsil davasına göre olumsuz yönü, temerrüt sözkonusu değilse tespit talep edilen kısım için faizin dava tarihinden başlamamasıdır.

Belirsiz alacak ve tespit davası, sadece para alacakları için söz konusu olur. Konusu para olmayan eda davaları için belirsiz alacak ve tespit davası açılamaz.

Davacı belirsiz alacak davasını tahsil (eda niteliğinde) talebi ile açmış ise en azından yargılama başında belirlenebilecek miktar üzerinden dava açmalıdır. Tahsil amaçlı belirsiz alacak davası açılması hâlinde alacaklı, tüm miktarı belirtmese dahi, davanın başında hukukî ilişkiyi somut olarak belirtmek ve tespit edebildiği ölçüde de asgarî miktarı göstermek durumundadır. Bu dava eda davası olmakla birlikte yargılama sırasında belirlenecek kalan miktar için tespit niteliğindedir. Yargılama sırasında davacı belirlenen bakiye miktarı davanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tabi olmadan harcını tamamlayarak hüküm altına alınmasını talep edebilecektir. Bu durumda alacağın tamamı hüküm altına alınacağından ilama dayalı icra takibi yapılabilecektir.

Kısmi eda ve külli tespit davası olarak açıldığında, davacının başlangıçta belirleyebildiği miktarı dava dilekçesinde belirtmesine gerek yoktur. Kısmi davada olduğu gibi istediği miktarda açabilir ve alacağın belirleye-

mediği kalan kısmının tespitini isteyebilir. Bu durumda mahkeme kısmi olarak talep edileni tahsil, kalan kısmı ise tespit hükmü olarak hüküm altına alacaktır. Davacı tahsil amaçlı eda niteliğinde belirsiz alacak davası açıp, belirleyebileceği azami miktarı belirtmeden kısmi olarak talepte bulunduğunda, tahsil amaçlı belirsiz alacak davası olarak devam etmesi için süre verilmeli, süre içinde azami miktarı belirtmediği takdirde, açılan davaya belirsiz alacak davasının bir türü olan kısmi eda külli tespit davası olarak devam edilmelidir. Kısaca belirsiz alacağın kısmi olarak belirsiz alacak davasına konu olması halinde, bu dava kısmi eda külli tespit davası olarak kabul edilmelidir.

Madde içeriğinden, belirsiz alacak veya tespit davası açılması için, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin; davacının kendisinden tam ve kesin olarak beklenememeli (gerçekten belirleyememeli) veya bu (objektif olarak) olanaksız olmalıdır. Talep sonucunun rakam olarak ifadesinin imkansızlığı, davacının tam olarak miktarını bilmediği ve bu bilgisizliğinin davalının sahasında bulunan vakıalardan kaynaklandığı durumlarda söz konusudur.

Bu madde "Hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukukî ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgarî olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilir" gerekçesi ile hukuk sistemimizde kabul edilmiş ve silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğu da belirtilmiştir.

Açılacak davanın değeri veya miktarı biliniyor yahut belirlenebiliyor ise, belirsiz alacak ve tespit davası açılamaz. Zira madde gereği bu durumda davacının hukuki yararı yoktur.

Maddenin 2. fıkrasında açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabileceği belirtilmiştir. Maddenin bu fıkrası ile ilgili olarak gerekçede şunlara yer verilmiştir. "Baştan miktar veya değeri tam olarak tespit edilemeyen bir alacak için, davacının böyle bir ihmal ya da kusurundan söz edilemez. Bu sebeple, belirsiz alacak veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delilerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hale gelmişse, başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi benimsenmiştir."

Buradan hareketle dava konusu alacağın değeri veya miktarı karşı tarafın (işverenin) vereceği bilgi veya tahkikat aşamasında belirlenecek (bilirkişiden hesap raporu alınması gibi) ise alacağın dava açıldığında davacı tarafından objektif olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği kabul edilmelidir. Bu nedenle maddenin birinci ve ikinci fıkrasının birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Kısmi dava türü ise 6100 sayılı HMK'nın 109. maddesinde tanımlanmıştır. Maddenin birinci fıkrasına göre "Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir". İkinci fıkrasına göre ise "Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılamaz". Belirtilen düzenleme karşısında kısmi dava açılabilmesi için;

1) Talep konusunun niteliği itibari ile bölünebilir olması,

2) Talep konusunun miktarının, taraflar arasında tartışmalı veya açıkça belirli olmaması gerekir.

Her ne kadar 107. madde de belirtilmemiş ise de belirsiz alacak ve tespit davası açılabilmesi için kısmi dava başlığı altında düzenlenen HMK'nın 109/2 maddesinin göz ardı edilmemesi gerekir. Zira hükme göre "Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılamaz". Burada talep konusunun taraflar arasında belirli olması halinde kısmi dava açılamayacağı vurgulanmıştır. Kısaca davacı alacağı belirli değil ise belirsiz alacak ve tespit davası açabileceği gibi fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kısmi dava da açabilecektir. Alacak miktarı belirli ise kısmi dava veya belirsiz alacak ve tespit davası açılamaz.

Ancak madde de ayrıca talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız olması halinde kısmi dava açılamayacağı belirtilmiştir. O halde talep konusunun miktarı taraflar arasında tartışmalı ise davacı kısmi dava açabilir. Davacı, alacak miktarı tartışmalı olduğunda kısmi dava yerine belirsiz alacak davasına da başvurabilir.

Bir alacağın davanın açıldığı anda belirli mi belirsiz mi? tartışmalı mı tartışmasız mı? olduğu konusunda yukarda belirtilen hükümlerden hareketle uygulamada bazı ölçütler getirilmiştir.

Bunların başında gelen en önemli kriter alacağın likit olup olmadığı ölçütüdür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu likit alacak kavramını açıklamıştır. Yargıtay'a göre; "Likit bir alacaktan söz edilebilmesi için ise; ya alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusu tarafından

belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez(HGK. 14.07.2010 gün ve 2010/19-376 E, 2010/397 K, HGK)".

Görüldüğü gibi likit olma ölçütünde Yargıtay;

Alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olmasını ya da

Belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olmasını aramaktadır. Kısaca davacının yalnız başına ne kadar alacaklı olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez.

Diğer taraftan yargılama (tahkikat) sırasında hesap raporu alınmasını gerektiren her alacak belirsiz kabul edilmelidir. Davacının talep ettiği dava konusu alacağın miktarı veya değeri belirli ise hesap raporu alınmasına da gerek yoktur. Zira bu durumda hak kazanma veya ispat olgusu ayrık olmak üzere tartışmalı bir alacaktan söz edilemez. Zaten kanunun 107/2 maddesinde bu olgu "tahkikat sonucu belirlenme" olarak vurgulanmıştır. İş uyuşmazlıklarında genel olarak alacağın kesin ve net tutarı, ancak bir yargılama sürecinden ve hesap raporu sonrasında tam olarak tespit edilebilmektedir. Bu anlamda kıdem, ihbar ve kötüniyet tazminatı giydirilmiş ücretten hesaplanır. Giydirilmiş ücrete işçinin çıplak ücreti yanında, ücret eklentileri ve sosyal yardımlar dahil edilir. (Y.HGK. 17.10.2012 gün ve 2012/9-838 E, 2012/715 K). Ayrıca belirtmek gerekir ki davacıdan davanın açılmasından önce ücretini ödeyerek talep konusunun miktarını belirlemesi için ekspertizden rapor ve mütalaa alma, delil tespiti gibi yollara başvurması istenemez. Davacının alacağının miktar olarak tespiti, mahkeme tarafından yapılacak delil tespitine veya hesap verme ve bilgi vermeye yönelik müstakil bir davanın açılmasına gerek olduğu durumlarda, HMK. m 107 anlamında "Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği" bir durum söz konusudur.

Keza, dava konusu alacak miktarının veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun (ki bu işçilik alacakların çalışma olgusu, tazminat ve alacaklara esas süre ve ücret yönünden kendini gösterir) tespitini gerektirdiği durumlarda alacak belirsiz ve tartışmalı kabul edilmelidir. Zira alacakların belirlenmesine esas süre ve ücret özü itibari ile tespit içermekte ve başlı başına tespit davasının konusu olup, alacak ve

tazminatın belirlenmesinin önemli unsurlarıdır. Alacağın belirlenebilmesi için de süre ve ücretin tam olarak bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması gerekir. Bu unsurlar tartışmalı ise ve davacı tarafından HMK'nın 107. Maddesindeki gerekçede belirtildiği gibi tam ve kesin olarak belirlenemiyor ise alacak belirsizdir ve bu alacak kısmi dava veya belirsiz alacak davasına konu edilebilecektir.

Hakimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak alacak miktarı veya değerinin belirlenmesi halinde alacak belirsizdir(Dairemizin 27.02.2012 gün ve 2012/1757 Esas 2012/5742 Karar sayılı kararı).

Dava konusu alacak karşı tarafın vereceği bilgi veya belgelerle belirlenecekse, alacak belirsiz kabul edilmelidir. Karşılaştırmalı hukukta geçerli olan bu kriter 107. maddenin 2. fıkrasının başlangıcında "karşı tarafın vereceği bilgi sonucu" yargılama sırasında belirlenme olarak kabul edilmiştir. Yıllık ücretli izin alacağı, izin defterinin; fazla mesai ve tatil çalışmaları kayda dayandığında puantaj (işe devam çizelgeleri) kayıtlarının işveren tarafından sunulması ile belirlenebilecektir. İş Hukukunda maddi hukuk kuralları içinde işverene kayıt tutma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu belgelerle ilgili yükümlülükleri yerine getirmeyen işverenin açılacak davada alacağın belirlenebilir olduğu savunması yerinde olmayacaktır. İşçinin alacağının belirlenmesi kayda dayandığında, kayıtlı belgeleri sunmayan veya işçiye vermeyen işveren, belirsiz alacak davası açılmasının sonuçlarına katlanmak zorundadır.

Dairemizin kısmi dava ile ilgili verdiği bu ölçütleri kabul eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.10.2012 gün ve 2012/9-838 Esas, 2012/715 Karar sayılı kararında "İşçilik alacaklarının özelliği de dikkate alınarak, bu alacaklarda, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi, aksinin kabulü de doğru olmayacağını, talep konusu işçilik alacakları belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesinin daha doğru olacağını" açıkça belirmiştir.

6100 sayılı HMK'nın 114. Maddesinde davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması, dava şartı olarak belirtilmiştir. Belirsiz alacak ve tespit davasında, kanun açıkça alacak miktarının veya değerinin belirlenememesi veya olanaksız olması halinde, davacının belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının varsayılacağını öngörmüştür. Kısaca dava açıldığında alacak belirli değil veya tartışmalı ise, belirsiz alacak ve tespit davası açılması için hukuki yarar vardır. Takip eden 115/2 maddedeki kurala göre ise "Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi

mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder". Düzenleme gereğince, eksik olan bir dava şartı, belirli bir süre verilerek giderilebilecek ise, hakim tarafından eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi gerekir. Bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmelidir. Dairemiz kararlılıkla hukuki yarar şartının tamamlanabilir dava şartı olduğunu kabul etmektedir(27.12.2012 gün ve 2012/1756 E., 2012/5741 K). Bu nedenle belirsiz alacak davası veya kısmi dava açıldığında, dava konusu edilen alacak açık ve tam olarak belirli ise davacıya tam eda davası açması, tamamlanabilir hukuki yarar şartını yerine getirmesi için öncelikle süre verilmeli, süre sonunda yerine getirmediği takdirde davanın hukuki yarar şartı yokluğu nedeni ile usulden reddine karar verilmelidir.

Davacının, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla talebini, aralarında bir derecelendirme ilişkisi yani aslîlik–ferîlik ilişkisi kurmadan aynı dava dilekçesinde ileri sürmesine davaların yığılması denir(HMK. Mad.110). Birden fazla istemin yer aldığı ve işçi-işveren uyuşmazlıklarında işçinin işçilik alacakları için açtığı davanın örnek teşkil ettiği bir dava türüdür. Davacı birçok talebini, tek bir dava dilekçesi ile talep etmektedir. Aslında kural olarak talep sayısınca dava mevcuttur. Davacı her bir talebi için dava dilekçesinde olguları (vakıaları) ayrı ayrı belirtilmek ve ispat yükü kendisinde ise ispat etmek zorundadır. Yapılan yargılamada her bir talep hakkında ayrı ayrı inceleme yapılır. Yargılama sonunda da her biri hakkında olumlu veya olumsuz karar verilir. İşte davaların yığılması halinde, davacının isteklerinin bir kısmi belirli bir kısmi belirsiz alacak davası konusu olabilir. Bu durumda talep edilen alacaklardan açıkça belirli olan ve tartışmalı olmayanlar için belirsiz alacak davası veya kısmi dava ile talepte bulunulamaz. Bu nedenle dava şartlarının da her talep açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bir talep için dava şartının yokluğu, dava şartı olan ve gerçekleşen talepler içinde davanın usulden reddini gerektirmez.

Dosya içeriğine göre davacının davalı işyerinde çalıştığı ve hizmet süresinde uyuşmazlık olmadığı, iş sözleşmesinin feshi nedeni ile davacının kıdem ve ihbar tazminat alacaklarını belirsiz alacak davası konusu ettiği, kısmi miktar belirtilmesi nedeni ile kısmi eda külli tespit niteliğinde olduğu, davacının brüt ücretinin 1.560,00 TL olduğunu iddia etmesine rağmen, imzasız bordroda ücretin 1.490,76 TL brüt olduğu, hesap raporunun buna göre belirlendiği, ücretin taraflar arasında ihtilaflı ve tartışmalı olması nedeni ile tazminatların belirsiz alacak niteliğinde kabul edilmesi

gerektiği anlaşılmaktadır. O halde davacının kısmi eda külli tespit niteliğinde belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararı vardır. Belirsiz alacak davasının esası hakkında bir karar verilmesi gerekir.

Diğer taraftan somut uyuşmazlıkta bir an için tazminatların başlangıçta belirlenebileceği kabul edilse dahi, belirlenebilir olan tazminatlar hesap raporu ile belirlenmiştir. Alacak belirsiz alacak davası konusu yapılmayacağı kabul edilse dahi tamamlanabilir dava şartı olan hukuki yarar şartını yerine getirmesi için kesin süre verilmeden yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 26.11.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SENDİKA TEMSİLCİSİ • İŞE İADENİN SONUÇLARI

ÖZET: Sendika temsilcisinin işe iadesine karar verilirse, fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki sürenin ücret ve diğer hakları ödenir. Bunun için feshin geçersiz olduğunun tespiti yeterli olup, işçinin işe iade başvurusu aranmaz.

Y. 9. HD E. 2015/13095, K. 2015/18968, T. 25.05.2015

Davacı işçi, sendikanın işyeri temsilciliği görevini üstlendiğini, bu görevin T... 23.05.2013 tarihli yazısı ile davalı ...'a bildirildiğini, davacının iş akdinin 31.08.2013 tarihinde 6356 sayılı Yasa'nın 24. maddesine aykırı olarak neden gösterilmeden feshedildiğini ve yazılı olarak kendisine bildirilmediğini, davalı işverenin feshin son çare olması ilkesine de uymadığını, sürekli işçi alınırken davacının işten çıkartılmasının davalı işverenin kötüniyetli olduğunu gösterdiğini beyanla, ... A.Ş. işyerine iadesini, 6356 sayılı Yasa'nın 24. maddesi gereği fesih tarihi ile huzurdaki dava sonucu verilecek kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarının ödenmesini, işverence süresinde işe başlatılmaz ise iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer haklarının temsilcilik süresince öden-

meye devam edilmesini ve yargılama giderleri ile vekalet ücretinin davalılar üzerinde bırakılmasına karar verilmesini talep ve iddia etmiştir.

Davalı ... vekili cevap dilekçesinde özetle; davacının dilekçesinde gösterilen delillerin kendilerine tebliğ edilmediğini, bu nedenle davacı tarafın delillerine karşı beyanda bulunma haklarını saklı tuttuklarını, davacının işe iade talebinde kendileri ile birlikte diğer davalı ... A.Ş.'ne de yöneldiklerini, oysa iki şirketin ayrı tüzel kişiliklere sahip ayrı şirketler olduklarını, davacı ve yüklenici firma ile müvekkili şirket arasında asıl-alt işverenlik ilişkisi bulunmadığını, işin tamamının ihale yolu ile başka işverene verilmesi halinde asıl-alt işverenlik ilişkisinden bahsedilemeyeceğini, işin bütünü ile devri ve anahtar teslimi müteahhitlik işi olduğunu, iş sahibi müvekkil şirketin yüklenici firmaların işçilerinin asıl işvereni olmadığından onlara karşı sorumlu tutulamayacağını, yüklenici firma ile yapılan hizmet alım sözleşmeleri gereği iş ile ilgili personel istihdamı, işçilik hak, ücret ve alacakların ödenmesinde sorumluluk yüklenici firmaya ait olduğunu, bu nedenlerden dolayı davanın husumet yönünden reddi gerektiğini, müvekkil şirket aleyhine bir karar çıkması durumunda dava dışı yüklenici firmalara davanın ihbarını talep ettiklerini, davacı müvekkil şirket çalışanı olmadığından özlük dosyasının yüklenici firmalardan istenilmesi gerektiğini, davacı taraf yüklenici firma çalışanı olup, müvekkil şirket ile herhangi bir hizmet akdi bulunmamasına rağmen kabul anlamına gelmemekle birlikte davacının 6356 sayılı Yasa'nın 24. maddesine dayanan taleplerinin fesih tarihinden değil, işverene bildirim tarihinden itibaren söz konusu olabileceğini, son olarak davacının sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığına bakılması gerektiğini, belirli süreli ise işe iadesinin söz konusu olamayacağını, bu nedenlerle davanın zamanaşımı ve husumet yönünden reddinin, bu kabul edilmez ise birlikte açılan eda ve tespit davalarının tefrikinin, ayrıca haksız ve yersiz açılan davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

Davalı Hisçe şirketi vekili cevap dilekçesinde özetle; müvekkil şirketin ihale usulü ile ...'tan iş aldığını, bu işleri ...'ın koymuş olduğu kurallara göre yerine getirdiğini, işçilerin müvekkil şirketçe işe alındığını, araç ve malzemelerin müvekkil şirket tarafından temin edildiğini, davalılardan ... ile ilişkinin davacının iddia ettiği gibi muvazaaya dayanmadığını, müvekkil şirket ile ... arasında asıl-alt işveren ilişkisi içerisinde alınan ihale süresince mevcut personel ile çalışmaya devam edildiğini, davacının Bayrampaşa İşletme Müdürlüğü'nde alınan ihale gereği şoför olarak çalıştığını, davacı ile alınan ihale sürelerine uygun olarak 13.01.2011 ve 07.12.2012 başlangıç tarihli ve 24 ay süreli belirli iş sözleşmeleri yapıldığını, ...'ın 03.06.2013 tarihinde özelleştirilmesi nedeniyle ... tarafından

aralarındaki hizmet alım sözleşmesinin 31.08.2013 tarihi itibarıyla feshedildiğinin müvekkil şirkete bildirildiğini, yapılan işin devamı fiilen ve hukuken imkansız olduğu için davacı da dahil 100 işçinin iş akdine son verildiğini, davacının iade edilebileceği başka bir iş olmadığı için feshin son çare olması ilkesine uyulduğunu, son olarak davacının başından beri ... işçisi olduğu iddiasında iken müvekkil şirkete husumet yöneltilemeyeceğini, bu nedenlerle haksız ve hukuka aykırı davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

Davalı ... şirketi vekili cevap dilekçesinde özetle; 28.05.2013 tarihinde hisse satış sözleşmesi imzalanarak davalılardan ...'ın özelleştirme sürecinin tamamlandığını, ...'ın % 100 oranındaki hissesinin müvekkil şirkete ait olduğunu, ancak davalılardan ... ile davalılardan ... A.Ş.'nin ayrı idari ve ekonomik yapılanmaya sahip özel hukuk tüzel kişileri olduklarını, müvekkil şirketin elektrik dağıtım işlerini yürütmediği gibi davacının işçisi olduğu yüklenici firmalar ile imzaladıkları herhangi bir sözleşme de bulunmadığını, davacı müvekkil şirket çalışanı olmayıp, müvekkil şirket ile hiçbir bağının olmadığını, bu nedenlerle gerek husumet yönünden gerekse haksız ve mesnetsiz açılan davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

Mahkemece, davalı kurum ile davalı şirket arasında yasaya uygun şekilde geçerli asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmadığı ve ilişkinin işçi temininе yönelik olduğunun kabulü ile davacı işçinin başlangıçtan itibaren davalı kurum çalışanı olduğu, işverenlik sıfatının davalı ...'a ait olduğu, diğer davalıların işverenlik sıfatının bulunmadığı, ayrıca davacının sendika temsilcisi olması nedeniyle, 6356 sayılı Kanun'un 24. maddesine göre davacının iş sözleşmesinin fesih nedeninin açık ve kesin olarak gösteren yazılı bir fesih bildirimi ile bildirilmediği, sendika temsilcisi olan davacının ücretlerinin ve diğer haklarının temsil süresince ödenmeye devam etmesinin gerektiği belirtilerek hüküm kurulmuştur.

Kararı yasal süresi içinde davacı ve davalılardan B.Elektrik Dağıtım A.Ş. Avukatları temyiz etmiştir.

Torba maddeyle davalının tüm temyiz itirazlarıyla davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi işyeri sendika temsilcisi olup, 6356 sayılı Yasa'nın 24/3. maddesinde, "Temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir" şeklinde kurala yer verilmiştir. Fesih tarihi ile kararın kesinleşmesine kadar olan dönem ücret ve diğer hakları için feshin geçersizliğinin tespiti yeterli olup, işçi-

nin işe iadesi için başvuru şartı aranmaz. Mahkemece hüküm fıkrasının 1/c bendinde fesih tarihi ile kararın kesinleşmesine kadar olan dönem ücret ve diğer haklarının ödenmesinin, işe başvuru şartına bağlanması hatalıdır. Kararın bu yönden bozularak ortadan kaldırılmasına ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3. maddesi uyarınca aşağıdaki gibi karar vermek gerekmiştir.

HÜKÜM

Yukarıda açıklanan gerekçeyle;

1- Mahkeme kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- Davanın kabulü ile;

a) Davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının, davalı ...'a ait işyerindeki işine İADESİNE;

b) Davacının yasal süresinde müracaat etmesi ve yine süre içinde işverence işe alınmaması durumunda iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek, ücretlerinin ve diğer haklarının temsilcilik süresince ödenmeye devam etmesi gerektiğinin belirlenmesine;

c) Davacının temsilcilik süresini aşmamak kaydı ile fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücretlerinin ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesine ;

d) Davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna;

3- Davalılar Hisçe ve ... Şirketleri yönünden husumet yönünden davanın reddine,

4- Yargılama giderleri yönünden;

a) Alınan 24,30 TL peşin harçtan, alınması gereken 25,20 TL harcın mahsubu ile bakiye 0,90 TL harcın davalı ...'tan tahsiline;

b) Davacı tarafça yapılan, ilk masraf başvurma harcı, peşin harç toplamı 48,60 TL yargılama giderinin davalı ...'tan alınarak davacıya verilmesine;

c) Davacı tarafça yapılan toplam 369,45 TL yargılama giderinin davalı ...'tan alınarak davacıya verilmesine;

d)Davalı ... şirketi tarafından yapılan masrafın kendi üzerinde bırakılmasına,

e) Yürürlükte bulunan A.A.Ü.T.'ne göre 1.500,00 TL vekalet ücretinin davalı ...'tan alınarak davacıya verilmesine;

f) Yürürlükte bulunan A.A.Ü.T.'ne göre 1.500,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı ... ve Hisçe şirketlerine verilmesine;

g) Davacının yatırmış olduğu gider avansından kullanılmayan kısmının, hükmün kesinleşmesinden sonra resen davacıya iadesine; iade giderinin davacı tarafından yatırılan avanstan karşılanmasına;

h) Davalıların yatırmış olduğu gider avansından kullanılmayan kısmının, hükmün kesinleşmesinden sonra resen davalıya iadesine; iade giderinin davalı tarafından yatırılan avanstan karşılanmasına;

i) Hükümden sonra, gerekçeli kararın HMK 321/2 maddesi gereğince resen taraflara tebliğine, 4 (dört) adet tebligat giderinin davacı tarafından yatırılan gider avansından karşılanmasına; bu giderlerin yapılması durumunda 36,00 TL giderin davalı ...'tan alınarak davacıya verilmesine;

Kesin olarak 25/05/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİLİK ALACAKLARI • ORGANİK İLİŞKİLİ ŞİRKETLER

ÖZET: Organik bağ ve birlikte istihdam halinde bütün şirketler işçilik alacaklarından müteselsil olarak sorumludurlar.

Ticaret sicili kayıtlarından şirketlerin ortaklarının aynı olması, şirketlerin aynı kişiler olması, işçinin ara vermeden bir şirketten diğerine geçmiş olması organik ilişkinin kanıtlarıdır.*

Y. 9 HD., E. 2014/3309, K. 2015/14250, T. 14.4.2015

Davacının çalıştığı A.İnş.San.Tic.A.Ş. adlı şirket ile diğer davalı şirket arasında işverenlik ilişkisi olup olmadığı açısından uyuşmazlık bulunmaktadır.

Uygulamada, işverenlerin değişik isimler altında işletme ve şirket kurdukları, aynı yerde değişik isimler altında faaliyet yürüttükleri görülmektedir. Buna paralel olarak da işçi bu değişik şirketlerde çalışırken sigortası başka bir şirket tarafından yatırılıyor gösterilmektedir. Bu gibi olaylardın çözümünde organik bağ ve birlikte istihdam konuları araştırılmalıdır.

* Gönderen: Av. Reşit HALİS

Ticaret sicil kayıtlarından şirketlerin hakim sermaye ortakları ile diğer şirketin ortaklarının aynı olması, şirketlerin Ticaret Sicilinde kayıtlı adreslerinin aynı olması, faaliyet konularının aynı olması, yönetim kurulu üyelerinin aynı kişiler olması, aynı adreste faaliyet göstermeleri, işçinin ara vermeksizin bir şirketten diğerine geçiş yapması, kesintisiz çalışmaya devam etmesi halinde organik bağdan söz edilebilir.

Bir şirketin kapatılarak kapanan şirketin çalışanlarının aynı ortaklara bağlı başka bir şirkette çalıştırılması halinde işyeri devrinden değil organik bağdan hareket etmek gerekir. Organik bağ, birlikte istihdam şeklinde de ortaya çıkabilir. Birlikte istihdam, bir işçinin aynı hizmetini birbiri ile yönetimsel, ticari veya sözleşmesel bir bağı bulunan birden fazla işveren sunmasıdır. Bu şirketler gurup veya aile şirketi olarak ortaya çıkabilir. Kısmi süreli çalışma gibi ayrım yapılması, hangi şirkete ne kadar hizmet verdiğinin tespiti, çalışmanın iç içe girmesi nedeni ile mümkün değildir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı binanın girişinde verilen güvenlik hizmetleri, ulaşım temizlik, kafeterya, yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmesi, işçinin tüm şirketlere aynı anda hizmet etmesi halinde, ücret işverenlerden biri veya birçakı tarafından ödense de veya sosyal sigorta primi bir başka işverence yatırılsa da birlikte istihdam söz konusudur.

Organik bağ ve birlikte istihdam halinde bütün şirketler işçilik alacaklarından müselsilen sorumludurla.

Somut olayda, mahkemece, davalılar arasında asıl işveren alt işveren ilişisinin bulunduğu ispat edilemediği gerekçesiyle davalı A.B.İnş.San.Tic. A.Ş. yönünden davanın husumet yokluğundan reddine karar verilmiştir.

Ancak, dosyada mevcut ticaret sicil kayıtlarının incelenmesinde davalı şirketlerin ortaklarının ve faaliyet adreslerinin aynı olduğu, ayrıca Yargıtay 22. HD'nin 31.10.2014 tarih ve 2013/18456 esas, 2014/29746 karar sayılı ilamı ile davalıların müselsil ve müşterek sorumluluğuna hükmeden yerel mahkeme kararının bu yönden onandığı görülmekle, mahkemece, hüküm altına alınan alacaklardan aralarında organik bağ bulunduğu açık olan davalı şirketlerin birlikte sorumlu tutulması gerekirken hatalı değerlendirme ile davalı A.B. İnş.San.Tic.A.Ş.'ye yönelik davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA-** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilisine iadesine 14.04.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAKSİ ŞOFÖRÜ • İŞÇİLİK ALACAKLARI

ÖZET: Taksi şoförünün araç sahibine her gün düzenli olarak yaptığı ödemeden geri kalanı kazancı olup, bu çalışmada ekonomik bağımlılık ve otorite ilişkisi bulunur. Buna göre taksi şoförünün işçi, davalının işveren olduğu kabul edilmelidir.

Y. 9. HD E.2015/14621, K.2015/21427, T. 11.6.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde, davalıya ait P.-K. hattında hizmet veren 34 ... plakalı minibüste 2010 yılı Şubat ayında şoför olarak çalışmaya başladığını, 05.04.2011 tarihinde gerekçe gösterilmeden davacının iş akdinin feshedildiğini iddia ederek, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, asgari geçim indirimi, fazla mesai, resmi ve dini tatil çalışma ve hafta tatili ücreti alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ile dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili cevap dilekçesi ve duruşmadaki beyanlarında, davalının araç maliki olduğunu, kiralama sözleşmesi ile aracı kiraya verdiğini, araç kiracısının en son tarihte İ.İ. olduğunu, ondan önce de H.A. olduğunu, davcının işverenin müvekkili olmadığını, davacının müvekkilinin eski kiracısı olan H.A.'ın yanında 3 ay çalıştığını, daha sonra bu şahsa ortak olarak aracı işlettiğini, son kiracı İ.İ.'in aracın yarı parasını davacıya ödediğini, davalının esnaf olması nedeniyle dava konusu uyuşmazlıkta iş mahkemesinin görevli olmadığını savunarak görevsizlik kararı verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davalının işveren olmadığı ve davacı taleplerinden sorumlu olmadığı gerekçesiyle davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

4857 sayılı İş Kanunu 8. Maddesinde iş sözleşmesini tanımlarken bu sözleşmenin asli unsurları da belirtmiştir: "İş sözleşmesi, bir tarfın (işçi)

bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir." İş sözleşmesinin asli unsurları iş görme, ücret, bağımlılıktır. Bağımlılık iş sözleşmesini karakterize eden unsur olup, genel anlamıyla bağımlılık, hukuki bağımlılık olarak anlaşılmakta olup, işçinin belirli veya belirsiz bir süre için işeverenin talimatına göre ve onun denetimine bağlı olarak çalışmasını ifade eder.

Hasılat kirasından söz edilebilmesi için hasılat getiren bir taşınır ya da taşınmaz mal, ticari işleme ya da hakkın kira ilişkisinin konusunu oluşturması ve kiralananın demirbaşları ve işletme ruhsatı ile birlikte kiraya verilmesi gerekir.

Taksi şoförü ile taksi sahibi arasındaki ilişki bir iş sözleşmesi olabileceği gibi, somut olayın koşulları dikkate alındığında, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği pekala hasılat kirası olarak da nitelendirilebilir.

Ticari taksi işletilmesinde aracı kullanan şoför üzerinde eğer taksi sahibinin gözetim ve denetimi varsa bu takdirde taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekir.

Ancak, araç sahibi aracı taksi şoförüne günlük belirli bir bedel karşılığında kullandırmakta, hasılat ne olursa olsun kendisi sabit bir ücret talep etmekte ve araç sahibi günlük bu bedel dışında taksinin işletimiyle ilgili herhangi bir şeye karışmıyorsa bu takdirde de araç sahibi ile taksi şoförü arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi güçtür. Taksi sahibi taksi şoförüne günün belirli bir saat dilininde tahsis ediyor ve bu tahsis dönemi içinde işçinin işgörme edimini ne şekilde ifa ettiğine, hatta taksiyi kullanıp kullanmadığına dahi karışmıyorsa, taksi şoförü taksi sahibinmden işin yürütümüne ilişkin hiçbir emir ve talimat almıyorsa, çalışma zamanını serbestçe organize edebiliyorsa kişisel bağımlılığın bulunmadığı kabul edilmelidir.

Ayrıca, iş sözleşmesinin çok önemli özelliklerinden biri ekonomik riskin, bir başka deyişle kar ve zararın işverene ait olmasıdır. İş sözleşmesini bağımsız çalışanlardan ayıran en önemli farklılardan birisi de budur (A. Güzel, "Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı...." İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavranları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 1997, s. 21-22). İşçi, işyeri veya işletmede ekonomik riski taşımaz. Bir hukuki ilişkide hukuki ve kişisel bağımlılık yoksa işçinin kar veya zarar riskini taşıması, hu hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olmadığı yolunda tek başına yeterli bir kriter olmasa da çok önemli bir kriterdir.

Genel olarak taksi şoförünün araç sahiine her gün düzenli olarak yaptığı ödemeden geride kalanın kazanç olduğu bir ilişkide ekonomik riski taşıyanın şoför olacağı açıktır. İş sözleşmesi kazanç-ekonomik bağımsızlık temeline değil, otorite-bağımlılık ilişkisine dayanır. İş sözleşmesinde işverenin yönetim hakkı, emir ve talimat verme yetkisi, işçinin de bu emir ve talimatlar doğrultusunda iş görme borcunu ifa yükümlülüğü vardır.

Dosya kapkasından davacının 2010-2011 tarihleri arasında Kadıköy-Pendik hattında 34.... plakalı araçta şoför olarak çalıştığı ve bu aracın plaka sahibinin de davalı olduğu anlaşılmaktadır. SGK kayıtlarına göre de davacı bu dönemde davalı yanında çalışmıştır. Davalı somut olarak aracı başka kişiye kiraladığını ve bu kişinin davacıyı çalıştırdığını ve keza ekonomik riskin kiralayanda olduğunu kanıtlayamamıştır. Gözetim ve denetim yetkisi üzerinde kalmıştır. Davacının bağımlı olarak çalıştığı sabittir. Bu durumda davalının işveren olduğu sabit olup, mahkemece işin esasına girilerek sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde husumet nedeniyle red kararı verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 11.06.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞE İADE • TEKRAR İŞE BAŞLATILMAMA

ÖZET: Davacı işcinin iş akdinin feshedildiği tarihte çalıştığı pozisyon mevcut olup, pozisyon kaldırılmasının ya da o pozisyonda başka işci çalıştırılmasının sorumluluğu davacı işciye yüklenemez.

Bu nedenle davacının tekrar işe başlatılmadığı sonucuna varılmalıdır.

Y. 9. HD E 2015/25642 K2015/27679 T.07.10.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı yanında 12.06.2000 tarihinden iş akdinin haksız olarak feshedildiği 26.07.2010 tarihine kadar aralıksız en son Sebze Meyve Takım Lideri olarak çalıştığını, brüt ücretinin 2.991,00 TL olduğunu, ayrıca 3 ayda bir maaş tutarında ikramiye aldığını, dava-

cının akdin haksız feshi üzerine işe iade davası açtığını, davanın mahkemece reddedildiğini, kararın temyizi üzerine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından ret kararı ortadan kaldırılarak davacının işe iadesine karar verildiğini, davacının süresinde işe başlatılma talebiyle noter ihtarı ile davalı işverene başvurduğunu, davalı işverenin başvuruya karşı noter cevabi ihtarı ile davacıyı sözde işe davet ettiğini, ancak Antalya ve Konya mağazalarında çalışmayı şart koşarak bu çağrıyı yaptığını, esasen bu durumun işe davet değil, işe başlatmama olduğunu, nitekim bu davete karşılık taraflarınca noter kanalı ile keşide edilen cevabi yazıda bu durumun davalıya bildirildiğini, davalının bu bildirime tamamen sessiz kalarak davacıyı işe başlatmadığını, ihtarda da belirtildiği üzere davalının davacıya güttüğü husumeti ortaya koyarak iki kez cezalandırma yaptığını, işe iade yönündeki Yargıtay kararına da atıfla, birbirine yakın iki ilçedeki yer değişikliğini kabul etmediği için işten çıkarılan davacının işten çıkarılışı Yargıtay tarafından açıkça haksız bulunmakta iken, davalının sırf sözleşmede yazılı olduğu gerekçesiyle başka ile işe başlatma teklifinin açıkça kötü niyetli ve esasen işe başlatmama olduğunu, oysa davacının davete verdiği cevapta samimiyetini ortaya koyduğunu ve aynı koşullarda işe başlatılma iradesinin sürdüğünü beyan ettiğini, bu süreçte de husumet nedeni olan fazla mesai davasının kazanıldığını, bunun üzerine müvekkilinin iş güvencesi tazminatlarının tahsili amacıyla davalı aleyhine ilamsız icra takibi başlattığını, davalı tarafın süresinde ve kötü niyetli olarak takibe itiraz ederek takibin durduğunu iddia ederek haksız itirazın iptali ile icranın devamına, asıl alacağın % 20'si oranında icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, zamanaşımı savunmasında bulunarak, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin davacının işe iadesine ilişkin ilamına binaen taraflarına ihtarname gönderildiğini, bu ihtarnameye cevaben karşı tarafa noter ihtarnamesi gönderildiğini, söz konusu ihtarnameleri ile davacının yeniden işe başlatılmasına karar verildiği, en son çalıştığı R.. Ümraniye şubesindeki sebze meyve takım lideri pozisyonunun ve İstanbul ili sınırlarındaki tüm marketlerdeki Sebze & Meyve Takım Lideri yer ve pozisyonunun dolu olduğu, bu nedenle eski pozisyonu ile eşdeğerde aynı özlük haklarının günümüz koşullarına uyarlanmış haliyle sağlanacağı R..Hipermarketler Zinciri AŞ Antalya veya Konya Sebze Meyve Takım Lideri olarak işe başlatılacağının bildirildiğini, ancak karşı tarafın bu ihtarnameyi işe başlatmamak olarak yorumlayıp haksız ve kötü niyetli şekilde taraflarına karşı işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen sürelere ilişkin ücrete dair ilamsız icra takibi başlattığını, davacının bu bildirime icabet göster-

meyerek işe başlamadığını, böylece işe iade davasına konu olan feshin geçerli hale geldiğini, bu nedenle davacının müvekkilinden talep edebileceği bir alacağı kalmadığını, sebze meyve takım liderliği pozisyonunun ekli market yönetim şemasından da görüleceği üzere Konya ve Antalya dışında diğer tüm marketlerde dolu durumda olduğunu, taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin 1. Maddesi içeriğine atıfla bu madde uyarınca müvekkili şirketin davacıyı herhangi bir mağazasında işe başlatma hakkı bulunduğunu, taleplerin de fahiş olduğunu savunarak davanın reddine, % 40'tan aşağı olmamak üzere kötü niyet tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacı imzasını taşıyan belirsiz süreli iş sözleşmesinin incelenmesinde, davacının Türkiye'deki herhangi bir başka işyerinde çalışmayı kabul ettiği hükmü bulunduğu, davacının, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte sebze-meyve takım lideri olarak çalıştığı, işe iade davası sonrası davacının işe iade talebi üzerine davalı tarafın davacının pozisyonuna uygun olarak Antalya-Konya şehirlerindeki sebze-meyve takım liderliğinde başlatabileceğini bildirdiği, gerçekten davacının fesih öncesi yaptığı iş ile aynı pozisyonda anılan mağazalarda boşluk bulunduğunun görüldüğü, organizasyon şemasında davacının yaptığı bu işe eşdeğer pozisyonda olduğu görülen Beylik düzü-Sports/Seasonal, Ümraniye-Center Case Cashier, Fulya Dry Food 4, Bayrampaşa Dry Food 1 pozisyonlarının bulunduğunun görüldüğü, ancak, davacının eğitimi ve kalifikasyonunun bu pozisyonlar için uygun olmadığı, Beylik düzü marketteki boş pozisyonun spor malzemeleri, Fulya marketteki boş pozisyonun kuru gıda malzemeleri, Bayrampaşa marketteki boş pozisyonun yine kuru gıda malzemeleri ve Ümraniye marketteki pozisyonun ise kasa & kasiyer işi olduğu, davacının pozisyonunun altında görevler olduğu gibi ücretinin de daha düşük olduğu, başka boş pozisyonun bulunmadığının anlaşıldığı, bu durumda, davalı işverenliğin davacı işçiyi işe başlatma konusunda samimi olmadığını söylemenin mümkün bulunmadığının anlaşıldığı, davacının Türkiye'deki herhangi bir işyerinde çalışmayı kabul ettiği, belirsiz süreli iş sözleşmesine göre davacının daha önceki yaptığı iş tanımında Konya ve Antalya mağazalarında boşluk bulunduğu, İstanbul mağazalarında davacının pozisyonu ile eşdeğer başkaca pozisyonun bulunmadığı ve davacının davalı işverenlikçe teklif edilen yerde göreve başlamadığından işe başlatmama ve boşta geçen süre tazminat talep hakkının olamayacağı, icra takibine davalı işverenlikçe yapılan itirazın yerinde olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

Duruşmada tefhim edilen hüküm özetinin HMK'nın 297 ve 321. maddelerine uygun olmadığı anlaşıldığından, temyiz süresinin gerekçeli kararın tebliğinden sonra başlaması gerekir.

Kararın 24.06.2014 tarihinde davacı vekiline tebliğ edildiği, temyizin ise gerekçeli kararın tebliğinden önce 14.12.2013 tarihinde yapıldığı anlaşıldığından, mahkemenin yerinde görülmeyen temyizin reddi kararının kaldırılmasına karar verildikten sonra yapılan inceleme sonucunda;

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının kesinleşen işe iade kararı doğrultusunda davalı işverene süresinde işe başlatılması talebinde bulunduğu, davalı işverenlikçe "Muhatabın en son R.. Hipermarketler Zinciri AŞ'nin Ümraniye Market Sebze & Meyve Takım Lideri olarak çalışmış olması sebebiyle, söz konusu yer ve pozisyonun dolu olması, ayrıca İstanbul ili sınırındaki tüm marketlerimizdeki yer ve pozisyonun dolu olması neticesinde kendisinin, eski pozisyonuyla eş değerde bulunan ve aynı özlük haklarının günümüz koşullarına uyarlanmış haliyle sağlanacağı, pozisyonun müsait olduğu R.. Hipermarketler Zinciri AŞ'nin Antalya Market veya Konya Sebze & Meyve Takım Lideri olarak işe başlatılacağını bildirmek gerekmiştir. Müvekkil şirket bünyesindeki Antalya Market Sebze & Meyve Takım Lideri pozisyonu ile Konya Market Sebze & Meyve Takım Lideri pozisyonu müsait olduğundan, muhatap bu iki market arasından istediği markette işe başlayabilir" denilerek davacının işe başlatılmadığı anlaşılmaktadır.

Davacının iş akdinin feshinin geçersiz kılındığı tarih itibariyle çalıştığı pozisyon mevcut olup, pozisyonun kaldırılması ya da o pozisyonda başka işçi çalıştırılmasının sorumluluğu davacı işçiye yüklenemez. Bu nedenle davacıyı iş akdinin feshedildiği tarihteki işinde tekrar işe başlatmayıp, il dışı işyeri öneren işverenin davacıyı işe başlatmadığının kabulü ile sonuca gidilmesi gerekirken, davanın yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.

F) Sonuç:

Hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.10.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İŞE İADE • İŞÇİNİN İŞE İADE BAŞVURUSU • GEÇERLİ FESİH

ÖZET: İşe iade kararının kesinleşmesinden sonra işçinin açıkça işe başlamak istediğini bildiren ihtarnamesinin yasal süre içerisinde işverene gönderilmesi gerekir.

Yargıtay onama kararının işverene gönderilmesi tekrar işe başlatılma başvurusu olarak kabul edilemez.

İşçi ise iade için işverene başvurmadığında geçerli hale gelen fiilen gerçekleştiği tarihteki ücrete göre ihbar ve kıdem tazminatları hesaplanmalıdır.

Geçerli fesih sebebiyle dört aylık süre hizmet süresine ilave edilemez.

Y. 9. HD. E. 2014/21936, K. 2015/34787, T. 08.12.2015

A) Davacının İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının işe iade davasını kazandığını, bu kararın onandığını, davacının davalı işverenliğe işe iade edilnmesi için başvurduğunu, ancak davalı işveren tarafından işe geri alınmadığını, bir kısım işçilik alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek ihbar tazminatı, 4 aylık boşta geçen süre ücreti, fazla mesai ücreti, genel tatil ücreti ve iş güvencesi tazminatı alacaklarını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 10 günlük süresi içinde işe iade edilmesi için davalı işverenliğe başvurmadığını, davacının davalıya posta yolu ile gönderdiği zarftan işe iade başvurusu değil, sadece Yargıtay'ın işe iade kararını onadığına dair ilam çıktığını, iddia ve taleplerin yersiz olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, davacının kesinleşen işe iade kararını 30/07/2012 tarihinde tebellüğ ettiği, 07/08/2012 tebliğ tarihli yazısı ile davalı işverenliğe işe başlama talebini bildirdiği, bunun işe başlama başvurusu olmadığını isyat yükü kendisinde olan davalı işverenliğin bunu ispatlayamadığı

gerekçesi ile fazla mesai ücerti haricindeki taleplerin kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresi içinde davacı vekili ve davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının tüm, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Somut olayda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde işe başvurunun ne şekilde yapılacağı belirtilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi:

"Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları

Madde 21- İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halindre ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine karar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak denen bildirim üresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya ildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelere ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorunlu olur.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir." hükmünü içermektedir.

Dairemizin ilke kararına göre;

İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret, ihbar ve kıdem tazminatı konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 21'inci maddesinin beşinci fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itiaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesi geçerli bir feshin sonuçlarını doğruru.

Yasada işçinin şahsen başvurması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. İşçi, işe başlatılma konusundaki iradesini bizzat işverene iletebileceği gibi vekili ya da üyesi oludğu sendika aracılığı ile de ulaştırabilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen görüşü bu yöndedir (Yargıtay HGK 17.6.2009 gün ve 2009/9-232 E, 2009/278 K.)

İşveren işe iade için aşvuran işçiyi (1) ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az dört, en fazla sekiz aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer hakları işçiye ödemek zorundadır.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. İşçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, işçin işverene hiç başvurmamış gibi sonuca gidilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı Yasanın 21 nci maddesinin beşinci fıkrasına göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğrur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir (Yargıtay 9 HD. 14.10.2008 gün 2008/29383 E, 2008/27243 K.)

İşe iade yönündeki başvurunun on iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmekle birlikte, tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini (1) ay içinde işçiye bildirmesi gerekir. Tebligat sorunları sebebiyle bildirimin süresi içinde yapılamaması halinde, bundan işveren sorumlu tutulamaz.

İşverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa dahi, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre süre işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla iki günlük süre olarak değerlendirilebilir. İşçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alması halinde ise, 4857 sayılı Yasa'nın 56. maddesinin son fıkrasındaki izinler için öngörülen en çok dört güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla dört gün içinde işe başlaması beklenmelidir.

İşverenin işe davete dair beyanın da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağının sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır.

İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gereki. İşverenin dava tarihinden önce temerrüde düşürülmemiş olması halinde dava ve varsa ıslah tarihlerinden itibaren faize hükmedilir. İşe iade kararına rağmen işçinin işe alınmaması nedeniyle işe başlatmama tazminatının ödenmesi söz konusu ise, işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez. Bu durumda işe başlatmama anından itibaren faiz hakkı doğar.

Boşta geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklar için, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Geçersiz sayılan fesih tarihinden sonra boşta geçen en çok dört aylık sürede işçinin çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer haklar belirlenmelidir. Boşta geçen en çok dört aya kadar süre içinde ücret zammı ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde, her iki dönem için ayrı ayrı hesaplamaya gidilmelidir (Yargıtay 9.HD. 28.12.2009 gün 2009/34595 E, 2009/37899 K.)

Kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aya kadar hesaplanacak ücret ve diğer alackalar, işçinin işe iade için başvurduğu anma muaccel olur (Yargıtay 9. HD 20.11.2008 gün 2007/30092 E, 2008/31546 K).

İşe iade başvurusunda boşta geçen süreye ait ücret ve dier hakların ödenmesi talep edilmiş ise, başvuru ile birlikte işveren de temerrüde düşürülmüş sayılmalıdır. Sözü edilen ücret ve diğer hakların ödenmemesi durumunda başvuru tarihinden itibaren faiz hakkı doğar.

İşe başlama isteiğin içeren başvuruda, oşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların açıkça talep edilmemiş olması halinde ise, dava ve varsa ıslah tarihlerinden itibaren faiz yürütülmelidir.

Boşta geçen sürenin en çok dört aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis hizmeti gibi para ile ölçülebilen haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamalarda işçinin fiili çalışmasına bağlı alacakların dikkate alınması doğru olmaz.

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı bürüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.

İşçinin işe başlatılmaması fesih niteliğinde olmakla, işverence gerçekleşen bu feshe bağlı olarak ihbar tazminatı ile süre yönünden şartları mevcutsa kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti ödenmelidir. Hesaplamalar işe başlatmama yoluyla gerçekleşen fesih tarihindeki ücret ve kıdem tazminatı tavanı gözetilerek yapılmalıdır. İşçiye geçersiz sayılan fesih sırasında kıdem ve ihbar tazminatı ile izin ücreti ödenmişse, dört aylık boşta geçen süre ilavesiyle son ücrete göre yeniden hesaplama yapılmalı ve daha nce ödenenler mahsup edilerek sonuca gidilmelidir.

Kıdem tazminatı için faiz başlangıcı, işçinin işe başlatmama yoluyla geçekleşen fesih tarihi olmalıdır. Geçersiz sayılan fesih tarihinden, faiz yürütülmesi doğru olmaz.

İhbar tazminatı ve izin ücreti bakınından ise, işe başlatmama yoluyla gerçekleşen fesihten sonra işverenin temerrüde düşürülmüş olması halinde bu temerrüt tarihi, aksi halde dava ve varsa ıslah tarihlerinden itibaren faiz yürütülmelidir.

Dosya içeriğine göre davacının feshin geçersizliği ve işe iade kararının temyiz incelemesi sonucu onanması üzerine onama kararını APS yolu ile davalı işverene tebliğ ettiği anlaşılmaktadır. Öncelikle kesinleşme şerhi verilmiş karar ile birlikte usulüne uygun olarak işe başlatılma talebini içeren bir ihtarname davacı tarafından gönderilmemiştir. Gönderilen APS'nın kararın onandığına ilişkin bilgi vermekten başka bir olgu olarak değerlendirilemesi olanağı yoktur. İşe başlamak için samimi olan işçinin

kesinleşme şerhini içeren ilamı tebellüğ ettikten sonra açıkça işe başlamak istediğini bildiren ihtarnamesini işverene yasal süresi içinde tebliğ ettirmesi gerekir. Davacının bu yönde bir iradesi bulunmadığı gibi incelenen sigorta sicil kaydında geçersizliğine karar verilen fesih tarihinden yaklaşık 3 ay sonra başka bir iş yerinde işe girdiği ve APS ile başvurduğu tarih ile davanın açıldığı tarihte halen aynı işyerinde çalışmayı devam ettiği anlaşılmaktadır. Davacının onama kararını tebliği işe başvuru olarak değerlendirilemeyeceği gibi bu başvurusu da samimi değildir. Önceki fesih geçerli hale geleceğinden davacı işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre alacağına hak kazanamaz.

Hüküm altına alınacak ihbar tazminatının da geçersizliğine karar verilen fesih davacı işe iade için başvurmadığından geçerli hale geldiği için fiili fesih tarihi olan 25/02/2011 tarihinde geçerli süre ücret esas alınarak hesaplanmalıdır.

Geçerli fesih nedeniyle hizmet süresine 4 aylık boşta geçen sürenin de eklenemeyeceği göz önünde tutulmalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 08/12/2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • PUANTAJ KAYITLARI

ÖZET: İşçinin işyerine giriş ve çıkış saatlerini gösteren puantaj kayıtları bulunuyor ise, tanık beyanları ve puantaj kayıtlarına göre karma bir hesaplama yapılamaz. Puantaj kayıtlarına itibar edilerek hesap yapılmalıdır.

Bordrolarda değişik miktarlarda ödenen fazla çalışma üretleri hesaplamada mahsup edilmelidir.

Y. 9. HD E. 2015/336, K. 2016/9663, T. 18.4.2016

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını tayışan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğintededir. Bir başka anlatımla bordorunun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazlı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödemenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Günlük çalışma süresinin onbir saati aşmayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı, zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedi buçuk saati geçemez (İş Kanunu, Md. 69/3). Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden, haftalık kırkbeş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde yedibuçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararları da bu yöndedir (Yargıtay 9 HD. 23.6.2009 gün 2007/40862 E, 2009/17766 K).

Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışmalası Gereken İşler Hakkında Yönetmeliğin 4 üncü maddesine göre, günde yedibuçuk saat çalışılması gereken işlerde çalışan işçinin, yedibuçuk saati aşan çalışma süreleri ile yedibuçuk saatten az çalışılması gereken işler bakımından Yönetmeliğin 5 inci maddesinde sözü edilen günlük çalışma sürelerini aşan çalışmalar, doğrudan fazla çalışma niteli-

ğindedir. Sözü edilen çalışmalarda haftalık kırkbeş saat olan yasal sürenin aşılmamış olmasının önemi yoktur.

Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanununun 41'inci maddesindeki, fazla çalışma süresinin toplamının bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmaların karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir (Yargıtay 9 HD. 18.11.2008 gün 2007/32717 E, 2008/31210 K.).

Fazla çalışmanın belirlenmesinde, 4857 sayılı Yasa'nın 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin de dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda taktiri indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9 HD. 11.2.2010 gün 2008/17722 E, 2010/3192 K; Yargıtay, 9 HD. 18.7.2008 gün 2007/25857 E, 2008/20636 K.). Ancak fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir. Yapılacak indirim, işçinin çalışma şekline ve işin düzenlenmesine ve hesaplanan fazla çalışma miktarına göre taktir edilmelidir. Hakkın özünü ortada kaldıracak oranda bir indirime gidilmemelidir (Yargıtay 9 HD. 21.03.2012 gün, 2009/48913, E, 2012/9400 K.).

Somut uyuşmazlıkta, yerel Mahkemenin fazla çalışma ücreti alacağında takdiri indirim yapmama nedeni, hesaplamanın işyeri kayıtlarına dayanmasıdır. İşyeri kayıtlarına göre çalışma ise, bilirkişi raporunda olduğu gibi matbu şekilde 08.00 - 19.00 arası değildir. Bilirkişi raporunda, tanık beyanları ve puantaj kayıtları birlikte değerlendirilerek hesaplama yapılmış ise de, söz konusu işyeri (Puantaj) kayıtları karşısında bu karma hesaplama biçimi doğru değildir. Sadece puantaj kayıtlarına göre fazla mesai hesabı yapılması gerekirken, karma hsaplama yapılması hatalıdır.

3- Bordrolarda değişik miktarlarda ödeme görünen fazla mesai ücreti tutarlarının hesaplamalardan düşülmümesi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.04.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİLİK ALACAKLARI • ZAMANAŞIMI

ÖZET: 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 34'üncü maddesi kapsamında; iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçilerin iş sözleşmesinin salt bu sebepten feshedilemeyeceği amir hüküm olarak düzenlemiştir. Buna göre; ücretleri ödenmeyen ve bu nedenle iş görme edimini yerine getirmeyen davacı işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi haklı nedene dayanmamaktadır. Kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü yerine reddi hatalıdır.*

Y. 9. HD. E: 2014/32757, K: 2016/9946, T: 19.04.2016

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini iddia ederek kıdem ve ihbar tazminatı ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti, yıllık ücretli izin, asgari geçim indirimi ve ücret alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkeme, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanarak davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

D) Temyiz:

Kararı davası ile davalılardan M.İnş.Taah.Turizm ve Dış Tic.Ltd.Şti. temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı M. İnş.Şirketi'nin tüm, davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davalı Şirketler arasındaki ilişki ve buna bağlı olarak talep konusu işçilik hak ve alacaklarından sorumlulukları uyuşmazlık konusudur.

* Gönderen: Av. Hüseyin ALKAN

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.

Somut uyuşmazlıkta; davacı, davalılar arasında asıl-alt işveren ilişkisi bulunduğunu iddia ederek birlikte sorumlu tutulmalarını istemiştir. Mahkemece, davalı Şirketler arasındaki sözleşme içeriğine istinad edilerek asıl-alt işveren ilişkisinin bulunmadığı, anahtar teslim iş yapılması nedeniyle davalı Şirketlerden F.Şirketinin herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığına karar verilmiştir.

Davalılardan F. Firmasının faaliyet lanı içerisindeki konut inşaatı yer almakta olup, davalılar arasındaki sözleşmenin konusu da konut projesine ilişkindir. Tarafların dilekçesindeki açıklamaları, işin niteliği ve faaliyet alanları nazara alındığında davalılar arasında asıl alt işveren ilişkisinin bulunduğunun kabulü gerekir.

Kaldı ki; davalı şirketler arasındaki inşaat sözleşmesi 21.03.2011 tariinde feshedilip sözleşme konusu inşaat F.Şirketine devredilmesine rağmen davacının bu şirkette şantiye şefliğinin devam ettiği de kayıtlar ile sabittir. Bu durumda, her iki davalı Şirketin de talep konusu alacaklarran birlikte sorumlu tutulması gerekirken yazılı şekilde davalı F.Şirketi yönünden davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.

3- Uyuşmazlığın çözümü için iş sözleşmesin hangi tarafça sona erdirildiğive sona erme şeklinin tazminatı gerektirip gerektirmediği hususlarının da açıklığıa kavuşturulması gereklidir.

Davacı, iş sözleşmesinin davalılardan M.Şirketin'nce sebep bildirilmeksizin feshedildiğini iddia etmiştir. Mahkemece; davacı asilin 10.12.2013 tarihli celsedeki beyanında, "davalı tarafça net 1.800,00 TL. ücret belirlenmesi üzerine fesih iradesi olmaksızın 3 gün işe gitmediği ve işyerinde de devamsızlık nedeni ile iş akdine son verildiğini beyan etmiş olmakla" işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı gerekçesiyle kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğine göre; davacı için sabit bir ücret belirlenmediği, parça parça ödeme yapıldığı, sabit ücretin miktarının tayini hususunda tarafların iradesinin uyuşmadığı ve davacının 17.754,57 TL. ücretinin ödenmediği anlaşılmaktadır. Davacı isticvabında bu sebepleri belirterek fesih iradesi olmaksızın 3 gün işe gitmediğini beyan etmiştir.

Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere; işveren feshi devamsızlık nedenine dayalı gerçekleştirilmiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 34'üncü maddesi kapsamında; iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçilerin iş sözleşmesinin salt bu sebepten feshedilemeyeceği amir hüküm olarak düzenlemiştir. Buna göre; ücretleri gödenmeyen ve bu nedenle iş görme edimini yerine getirmeyen davacı işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi haklı nedene dayanmamaktadır. Kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü yerine reddi hatalıdır.

4- Davacı işçinin aylık ücret miktarı ihtilaflıdır.

Davalı işyerinde şantiye şefi olarak çalışan davacı, somut bir ücret belirlenmeden işe başladığını, davalıların kendisini mağdur etmeyeceğini söyledikleri, ancak hiçbir zaman sabit bir ücret ödemesi yapılmadığını idida ederek ücretinin emsal ücret araştırmasına göre belirlenmesini talep etmiştir. Davalılar, aylık ücret miktarına ilişkin net bir beyanda bulunmamış, ayrıca hesap pusulası veya bordro sunulmamıştır.

Mahkemece davacının açıklamaları ve tanık B.A.'nın beyanı nazara alınarak davacının aylık 1.800,00 TL. net ücret aldığı kabul edilmiş ise de bu kabul dosya içeriğine uygun değildir.

Dosyaya ibraz edilen bireysel hizmet sözleşmesinde, davacının ücretinin ilk yıl için 1.850,00 TL. net, takip eden her yıl içinde enflasyon oranı dikkate alınarak her yıl için yeninde belirleneceği kararlaştırılmıştır. Yargılama safhasında yapılan emsal ücret araştırmasında verilen cevabı yazılarda da İnşaat Mühendisler Odası'nca 4.117,32 TL. net, D.Y.İşleri Sendikası'nca da 4.000,00 ila 6.000,00 TL. net ücret bildirilmiştir. Buna göre davalı işyerinde 4 yılı aşkın şantiye şefi olarak çalışan davacı işçinin aylık ücretinin 4.000,00 TL net olarak kabulü gerekirken yazılı şekilde belirleme yerinde değildir.

5- Taraflar arasında, işçilik alacaklarının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Zamanaşımı, alacak hakkının bellibir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksir bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliğini" ortadan kaldırır.

Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme mniteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu incelemesi mümkün değildir.

Kısmi eda külli tespit davasının açıldığı anda alacağın tamamı için zamanaşımı kesilir. Yargılama sırasındaki işleminden veya hakimin her kararından sonra yeniden işleme başlayacağından yarılama sırasında alacağın zamaaşımına uğradığında söz edilemez. Bu nedenle yargılama sırasında arttırılan taleplere karşı yapılan zamanaşımı defi soncu etkili değildir. Ancak faiz başlangıcı açısından tahsil amaçlı belirsiz alacak davasından farklı bir durum vardır. Davaya konu edilen miktar bakımından faiz başlangıcı olarak dava tarihi kabul edilmelidir. Alacağın kalan kısmın sadece tespiti istenmiş olmakla, belirlenen bakiye alacak miktarının ilerde talep edildiği tarihten itibaren faize karar verilmelidir.

Somut uyuşmazlıkda dava açılış şekli itibarıyla kısmi eda, külli tespit talepli belirsiz alacak davasıdır. Mahkemenin davaya karşı zamanaşımını gözetmesi yerindedir. Ancak, davacının yaptığı ıslah olmayıp, talep arttırımı ile alacağın belirli hale getirilmesidir. Belirsiz alacak davasının bütün türlerinde dava açılmakla zamanaşımı kesilir. Talep arttırıma karşı yapılan zamanaşımı def'i hukuki sonuç doğurmaz.

Bu nedenle talep arttırıma yapılan zamanaşımı def'inin dikkate alınmaması gerekirken hukuki değer taşımayan zamanaşımına def'ine göre karar verilmesi isabetsizdir.

6- Hükmedilen miktarların net mi yoksa bnrüt mü olduğunun kararda gösterilmemesinin HMK'nın 297/2. maddesine aykırı olup, infazda tereddüde yol açabileceğinin düşünülmemesi de isabetsizdir.

7- Davacının yargılama safhasıda artırdığı miktarlara için faiz talebi bulunmamasına rağmen faiz işletilmesi HMK'nın 26. maddesine aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA,** davacı yararına takdir edilen 1.350,00 duruşma avukatlık parasına karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19/04/2016 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÜCRET ARAŞTIRMASI

ÖZET: Davacının ücretinin daha önce bir başka mahkemece belirlenmiş olması ve başka Mahkemece belirlenen ücrete göre yapılan hesaplamanın Yargıtay'ca onanmış olması halinde bu rakama itibar edilmesi gerekir.

Y. 9. HD. E.2016/12585, K.2016/11501, T. 09.05.2016

DAVA

Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ile ücret alacağı, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti, hafta tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, dava konusuz kaldığındaan karar verilmesine yer olmadığına dair hüküm tesis etmiştir.

Hüküm süresi içinde davalılardan .... avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesi ile müvekkilinin 07.07.2007 – 03.10.2008 tarihleri arasında asıl işveren olan şirketinin alt işvereni olan diğer davalı şirketi nezdinde kalıpçı olarak 1.500 TL net ücret karşılığı çalıştığını, iş akdine haksız ve nedensiz olarak son verildiğini iddia ederek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret, yıllık ücretli izin, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil, ulusal bayram ücret alacaklarının faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı ...'nin Cevabının Özeti:

Davacının müvekkilinin çalışanı olmadığını, diğer davalının çalışanı olduğunu, bu nedenle davada talep olunan alacaklardan sorumlu tutulamayacağını, davacının diğer davalıya ait işyerinde aktif olarak çalışmakta iken gönderdiği ihtarname ile hem müvekkilinden hem de diğer davalıdan haksız taleplerde bulunduğunu, diğer davalı tarafından dosyaya ibraz edilen belgelerden de anlaşılacağı üzere davacının işe gelmemesi üzerine haklı sebeple iş akdinin feshedildiğini, müvekkile ait şantiyede fazla

mesai yapılmadığını, diğer işçilik alacaklarının da bulunmadığını beyanla haksız ve yasal dayanaktan yoksun davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

C) Davalı ...'nin Cevabının Özeti:

Davacının 07.07.2007 tarihinde müvekkili şirket bünyesinde çalışmaya başladığını, 2008 yılı Ekim ayından itibaren ara ara işe gelmemeye, görev ve sorumluluklarını aksatmaya başladığını, bu hususlarda kendisinin sözlü olarak uyarıldığını, iş akdinin devamı sırasında davacının müvekkiline iş akdinin haksız olarak feshedildiğinden bahisle tazminat ve sair alacaklarının ödenmesi için ihtarname gönderdiğini, bununla yetinilmeyerek iş Mahkemesi'nin 2008/587 E. sayılı dosyası ile maddi ve manevi tazminat davası açıldığını, davacının işbu davanın ikamesi ve ihtarnamenin gönderilmesi sırasında halen işyeri çalışanı olduğunu, davacının son olarak 30.10.2008 tarihinde de işe gelmemesi üzerine 06.11.2008 tarihinde kendisine keşide edilen ihtarname ile işe dönmesinin aksi takdirde iş akdinin feshedileceğinin bildirildiğini, buna rağmen işe dönmeyince 2008 yılı Kasım ayından geçerli olmak üzere iş akdinin feshedildiğini, çalışma süresi boyunca fazla mesai ücretine hak kazanacak ek bir çalışma yapmadığını, yıllık izinlerini kullandığını, hafta ve genel tatillerde çalışmadığını, ücretlerinin her ay ödendiğini, yalnızca 2008 Ekim ayı ücretinin bulunduğunu, bunun da işe gelmemesi sebebiyle ödenemediğini ileri sürerek haksız ve yasal dayanaktan yoksun davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

D) Dairemizin Bozma İlamı:

Dairemizin 08.09.2014 tarihli ilamı ile, "1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasında davacının ücret seviyesi konusunda uyuşmazlık vardır.

Davacı ücretinin net 1.500 TL olduğunu, davalılar ise davacının ücretinin asgari ücret seviyesinde olduğunu savunmuşlardır.

Yerel Mahkemece taraflar arasında görülen İstanbul 7. İş Mahkemesi'nin 2013/51 esas sayılı dosyasında davacının ücret seviyesinin belli olduğu, bu ücret esas alınarak hesaplama yapılacağı gerekçesi ile karar oluşturulmuş ise de davacının ücretinin net 1.500 TL olarak kabulü ile hesaplama yapılan bilirkişi raporuna itibarla hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır.

Dayanak dosyanın UYAP ortamında incelenmesinden davacının ücret seviyesinin 21. Hukuk Dairesi'nin 03.12.2012 tarih ve 2012/1595 E. 2012/21788 K. sayılı bozma ilamı ile asgari ücretin davacının yaptığı işe göre kendi meslek birliği olan İnşaat Mühendisleri Odası'nca bildirilen ve asgari ücretin 1,53 katı olan ücretin davacının ücreti olduğu tespit edilmiş olup, bahsi geçen İstanbul 7. İş Mahkemesi'nin 2013/51 esas sayılı dosyasında davacının ücretinin asgari ücretin 1,53 katı olarak belirlendiği, buna ilişin kararın temyiz edilmesi üzerine yine Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 05.05.2014 tarih ve 2014/7314 E. 2014/9829 K. sayılı ilamı ile onandığı, bu ücret seviyesinin taraflar arasında kesinleştiği gözetilerek sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." denilmek suretiyle yerel Mahkemenin 20.03.2014 tarihli hükmünün bozulmasına karar verilmiştir.

E)Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, Dairemizin yukarıda belirtilen bozma ilamına uyularak yapılan yargılama neticesinde, davacı tarafın alacağın bütünüyle itfa ettiğine dair beyanları doğrultusunda davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle hüküm tesisine yer olmadığına dair karar verilmiştir.

F) Temyiz:

Kararı davalı Vekili yasal süresi içerisinde temyiz etmiştir.

G) Gerekçe:

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10/10/2012 tarih ve 2012/9-851 E – 2012/705 K sayılı kararında özetle, bozmadan sonra yapılan yargılama sonucunda verilecek kararlarda, bozma konusu yapılmasa da her bir taleple ilgili olarak yeniden ayrı ayrı hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir.

Yerel Mahkemece, bozmadan sonra verilecek kararda, bozma kapsamı dışında kalsın ya da kalmasın, her bir taleple ilgili olarak yeniden olumlu veya olumsuz bir hüküm kurulmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, yerel Mahkemece, Dairemizin bozma ilamına uyularak yapılan yargılama neticesinde, davacı tarafın alacağın bütünüyle itfa ettiğine dair beyanları doğrultusunda davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle hüküm tesisine yer olmadığına dair karar verilmiştir.

Davalının icra baskısı altında yaptığı ödeme nedeniyle alacağın konusuz kaldığından bahsedilemez. Bu ödeme hür irade ile yapılan bir ödeme değildir. Kaldı ki, davacının da açık bir feragati yoktur.

Tüm bu nedenlerle, mahkemece, bozma sonrası verilecek kararda, dosyadaki bilgi ve belgeler bir değerlendirmeye tabi tutularak olumlu ya da olumsuz bir hüküm kurulması gerekirken, yanılgılı gerekçelerle alacağın konusuz kaldığından bahisle hüküm tesisine yer olmadığına dair karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Ayrıca, dava tarihinin 13.11.2008 olmasına rağmen karar başlığında 10.12.2014 olarak yazılması da hatalıdır.

H) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 09.05.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ ORTAKLIĞININ TÜZEL KİŞİLİĞİ YOKTUR

ÖZET: İş ortaklığına karşı açılacak davanın her iki şirkete karşı açılması gerekir.

Y. 9. HD. E.2016/7008, K2016/11853 T. 11.05.2016

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve yasal sonuçlarına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalılar avukatları tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı ...na bağlı park ve bahçeler müdürlüğünde boyacı olarak çalıştığını müvekkilinin değişik taşeron firmalarda çalışmasına rağmen işinin değişmediğini, sürekli aynı işi yaptığını, davacının çalıştığı son taşeron firmanın .... iş ortaklığı olduğunu müvekkilinin iş akdinin haksız ve ihbarsız olarak fesih edildiğini iddia ederek işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili; davanın adi ortaklığa yöneltilemeyeceğini, davacı ile imzalanan sözleşmenin süreli olduğunu sürenin bittiğini, davacının kıdeminin bu davayı açmaya yeterli olmadığını savunarak açılan davanın reddini talep etmiştir.

Davalı ... vekili; husumet itirazında bulunmuş, davacının iş akdinin hukuka uygun şekilde fesih edildiğini, feshin son çare ilkesine uygun davranıldığını, müvekkilinin davanın tarafı olamayacağını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, yazılı fesih olmadığı için feshin geçersizliğine ve davacının, davalı ... işine iadesine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekilleri ayrı ayrı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

... 8.10.2003 tarih, 2003/12-574-564 sayılı kararında vurgulandığı üzere ortak girişim iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklık türü olup, bu ortaklığın tek başına tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Ortak girişimin tüzel kişiliği olmadığından ve dava dilekçesinde her iki şirketin gösterilmesi ve dava dilekçesinin ortak girişimi oluşturan her iki şirkete ayrı ayrı tebliğ edilmesi, taraf teşkilinin sağlanması, kararın da ortak girişimi oluşturan şirketler hakkında kurulması gerekir. Kararın tek başına ortak girişim hakkında verilmesi olanağı yoktur.

Dosya içeriğine göre davacı işçi dava dilekçesinde davalı olarak ortak girişimi oluşturan ... şirketi ile ... şirketlerini göstermiştir.

Dava dilekçesi ortak girişimi oluşturan şirketlere ayrı ayrı tebliğ edilmeli, taraf teşkili sağlanmalı, vekillerle ilgili vekaletname veya tevkil belgeleri tamamlatmalı ve hükümde ortak girişimi oluşturan şirketler ayrı ayrı gösterilmelidir. Taraf teşkili sağlanmadan yazılı şekilde tüzel kişiliği olmayan ortak girişim hakkında hüküm kurulması hatalıdır.

SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine 11.05.2016 gününde oybirliği ile karar verildi

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

MİRASIN REDDİ •HİZMET TESPİTİ

ÖZET: Hizmet Tespiti davasında mirası reddeden mirascılara karşı da tespit hükmü kurulabilecektir.*

Y.10. HD E. 2015/11437, K. 2015/15110, T. 15.09.2015

Davalı işveren ...'nun mirasının ilk zümre mirasçıları tarafından reddedilmesi nedeniyle husumetin ikinci zümre mirasçılarına yöneltildiği anlaşılmaktadır.

Mirasın reddi, Türk Medeni Kanunu'nun 605 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, anılan Kanunun 605'nci maddesinde, yasal ve atanmış mirasçıların mirası reddedebilecekleri belirtilmiştir.

Yasal ve atanmış mirasçılar mirası, TMK.'nın 606'ncı maddesi gereğince üç ay içinde reddedebilirler. Bu üç aylık süre hak düşürücü bir süredir. Bu süre yasal mirasçılar için mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri kanıtlanmadıkça, mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri tarihten işlemeye başlar. Atanmış mirasçılar için ise süre, mirasbırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten işlemeye başlar. TMK.'nın 605'nci maddesinin 2'nci fıkrasında ise, mirasın hükmen reddi düzenlenmiştir. Ölümü tarihinde miras bırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır. Bu olgunun saptanması için her zaman dava açılabilir.

Dosya kapsamında yer alan, ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2004/506 Esas ve 2004/476 Karar sayılı ilamından, 25.09.2004 tarihinde vefat eden ...'nun mirasçıları olan eşi ..., oğlu ..., kızı ...'nun mirası kayıtsız şartsız reddettikleri, reddin tesciline karar verildiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık, işverenin gerçek kişi olduğu hizmet tespiti davalarında, mirasçıların mirası reddetmeleri halinde (çalışma iddiası ispatlandığı takdirde), mirası reddeden mirasçılar yönünden tespit hükmü kurulup kurulamayacağı noktasında toplanmaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Tespit davası" başlığını taşıyan 106'ncı maddesinde, tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir

---

* Çalışma ve Toplum Dergisi'nin 48. sayısından alınmıştır.

belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesinin istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre tespit davaları, bir hakkın veya hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin davalardır.

Sigortalının, Kuruma bildirilmeyen geçmiş hizmetlerinin tespiti için 506 sayılı Kanunun 79/10'uncu maddesine (5510 sayılı Kanunun 86/9'uncu maddesi) göre açacağı dava, "tespit davası" niteliğini taşımanın yanı sıra, aynı zamanda "olumlu tespit davası" özelliğini de göstermektedir (Güzel/Okur, s. 200; Tuncay/Ekmekçi, s. 245; Tunçomağ, s. 193; Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Serhi, Ankara 1985, s. 512; Sözer, s. 74; Özgür Öztürk, "Sigortalı Hizmetin Tespiti", Çimento İsveren Dergisi, 1998/1, s. 31).

Bu halde, işverenin gerçek kişi olduğu hizmet tespiti davalarında, çalışma iddiası ispatlandığı takdirde, mahkemece kurulacak hüküm, sigortalı hizmetlerin varlığının tespitinden öte, akçalı (parasal) konulara ilişkin herhangi bir irdeleme içermediğinden, mirasçıların mirası reddetmiş olmaları halinde, bu mirasçılar yönünden tespit hükmü kurulmasına engel teşkil etmeyecektir. Ancak, bu husus, Kurum tarafından primlerin tahsili aşamasında göz önünde bulundurulmalıdır.

Kaldı ki, Türk Medeni Kanununun 612'nci maddesinde "En yakın yasal mirasçıların tamamı tarafından reddolunan miras, sulh mahkemesince iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir. Tasfiye sonunda arta kalan değerler, mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine verilir." düzenlemesine yer verilmiş olup; mirasın reddi durumunda tasfiye sonucu terekeden arta kalan olursa, bunlar ikinci zümreye geçmeyerek mirası reddetmiş olan birinci zümreye verileceği hususu, yine tespitine karar verilecek sigortalılık süresinin prim miktarını, bunun sonucu olarak da terekeden ödenecek kısmı etkileyeceği gözetildiğinde, bu durumda yapılması gereken iş, hizmet tespiti davasının mirası reddetmiş olanların hak alanını ilgilendireceği açıktır.

Dava konusu sübjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkinin varlığı medeni usul hukukumuzda "sıfat" olarak tanımlanmaktadır ve bir davada taraf olarak gösterilen kişilerin o dava ile ilgili kimseler olması zorunludur. Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olmasına karşın, taraf sıfatı dava konusu sübjektif hakka ilişkindir. Sübjektif bir hakkı dava etme yetkisi (dava hakkı) kural olarak o hakkın sahibine ait olduğundan, anılan hakka ilişkin bir davada davacı olma sıfatı da hakkın sahibine aittir ve buna aktif husumet denilmektedir. Bir sübjektif hak kendisinden istenebilecek olan kişi ise o hakka uymakla yükümlü olan kimsedir ve bu da pasif husumet (davalı sıfatı) olarak adlandırılmaktadır. Sübjektif hakkın sahibi olan

kimse ile o hakka uymakla yükümlü bulunan kişinin kimler olduğunun saptanması, bir başka anlatımla davada davacı ve davalı sıfatlarının kimlere ait olduğu hususu, dava konusu (sübjektif) hakkın özüne ilişkin maddi hukuk sorunudur. Dava açan veya aleyhine dava açılan kişiler o davada davacı veya davalı olarak taraf sıfatına sahip değillerse, mahkemece dava konusu hakkın esası (var olup olmadığı) hakkında inceleme yapılmadan dava sıfat yokluğundan reddedilir ve bu karar davanın dinlenemeyeceğine ilişkin değil esasına yönelik bir karar niteliğindedir. Davacı veya davalıdan birinin taraf sıfatına sahip olmaması durumunda verilecek olan ret kararı o davadaki taraflar arasında maddi anlamda kesin hüküm oluştursa da, dava konusu hak ve taraf sıfatına sahip olan kişiler bakımından kesin hükümden söz edilemeyecektir. Dava konusu hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olan taraf sıfatı (husumet) ve sıfat yokluğu, davada taraf olarak görünen kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olan bir itiraz niteliğindedir ve yargılamanın her aşamasında, isteme gerek kalmaksızın mahkemece kendiliğinden gözetilmesi zorunludur.

Açıklanan kapsamda, davaya konu işyerinin dava konusu dönem içerisinde kalan 31.12.2002 tarihinden itibaren ...'ye devir edildiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124/4. maddesindeki; dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılgıya dayanması halinde hakimin karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebileceğine ilişkin düzenleme de gözetilmek suretiyle, davacıya; çalıştığını iddia ettiği davaya konu işyerinin işverenleri olduğu anlaşılan ...'nun ilk zümre mirasçıları ve ...'ye husumet yöneltmesi için mehil verilmeli, husumet yöneltildiğinde, bu kişilerin göstereceği deliller toplanmalı, bütün deliller toplandıktan sonra, mirası reddeden mirasçılar yönünden tespit hükmü kurulmasının mümkün olduğu da gözetilerek, yapılacak değerlendirme sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde bulundurulmaksızın, eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalılardan Kurum avukatının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm sair yönleri incelenmeksizin bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 15.09.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET TESPİTİ • FİİLİ İŞÇİLİK SÜRECİ

ÖZET: Davacının dava konusu işyerinde işçi olan eski eşinin evden ayrıldığı tarihten itibaren davacının söz konusu işyerinde bekçi ve temizlik işçisi olduğu dikkate alınarak hizmet tespiti yapılmalıdır.*

Y. 10. HD. E.2016/1690 K.2016/3078 T.14.03.2016

Davacı, davalı vakfa ait mezarlık-kilisede, bekçi ve temizlik işlerinden sorumlu işçi olarak, 01.01.1996-01.10.2007 tarihleri arasındaki hizmetlerinin tespitini istemiş olup; Mahkemece, tanık beyanları ve SGK yoklama memuru tarafından düzenlenen 14.07.2006 tarihli rapor içeriği dikkate alınarak 01.01.2000-01.10.2007 tarihleri arasındaki hizmetler yönünden kısmen kabul kararı verildiği anlaşılmaktadır.

Davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanun'un 79/10. maddesidir. Anılan Kanunun 6. maddesinde ifade edildiği üzere, "sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamaz ve vazgeçilemez." Anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğin yaşama geçirilmesindeki etkisi gözetildiğinde, sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin davalar, kamu düzenine ilişkin olduğundan, özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmeleri zorunludur.

Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında; davacının eski eşinin, mezarlık ve kilisede sigortalı olarak çalıştığı, davalı vakıf tarafından hizmet bildirimlerinin yapıldığı, evi terketmesinden sonra davacının davalı işyerinde sigortasız olarak çalışmaya devam ettiğine ilişkin Cumhuriyet Başsavcılığında verdiği beyanı ve boşanma davasının yargılaması sırasında düzenlenen 26.06.2007 tarihli tutanak içeriğinde davacının eşiyle yaklaşık 4 yıldır ayrı yaşadığının tespit edildiği de dikkate alınmak suretiyle, ilgili kolluk tutanağı içeriğine göre davacının eski eşinin evden ayrıldığı tarih belirlenerek bu tarih sonrası talep yönünden çalışma iddası kabul edilmeli, öncesinde ise davacının yaptığı hizmetlerin eşine yardım niteliğinde olduğu gözetilerek, varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.

Mahkemece, hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davalılar vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

* Gönderen Av. Hakan SÖNMEZ

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalı ...'na iadesine, 14.03.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YURT DIŞI BORÇLANMASI • VATANDAŞLIKTAN ÇIKMA

ÖZET: Türk vatandaşlığından izinle çıkan kişilerin, Türk vatandaşı oldukları dönemde yurtdışında geçen süreleri borçlanma hakkının varlığı gözetildiğinde, başvuru tarihinde Türk vatandaşı olunmadığı gerekçesiyle borçlanma başvurularının reddi hukuka aykırı olacağından, ödenecek borçlanma bedelinin burada belirtilen kriterlere göre belirlenmesi gerekir.

Y. 10. HD. E.2016/3639, K.2016/6333 T. 21.04.2016

Dava, yurt dışında Türk Vatandaşlığı döneminde geçen sürelerin 3201 sayılı Yasa uyarınca borçlanabileceği ve borçlanma bedelinin borçlanma talep tarihindeki pirim tutarı üzerinden belirlenmesi gerektiğinin tespiti istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalı Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir

Mahkemenin, borçlanma bedelinin borçlanma talep tarihindeki prim tutarı üzerinden belirlenmesi gereğine ilişkin istemin reddine dair hükmü eksik inceleme ve araştırmaya dayalıdır.

Davacının, borçlanma bedelinin başvuru tarihindeki primlere göre belirlenmesi gerektiğinin tespiti istemi yönünden; 3201 sayılı Yasanın "Döviz ile değerlendirme" başlıklı 4. maddesi, "Sosyal güvenlik kuruluşlarınca döviz ile değerlendirilecek sürelerin her bir günü için tahakkuk ettirile-

cek prim, kesenek ve karşılık borcu tutarı bir dolardır. Dövizin cinsi ve miktarı Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilebilir. Değişen miktar, tahakkuk ettirilmiş borçlanmanın tamamını ödememiş olanların bakiye borç sürelerine de uygulanır....” hükmünü; aynı Yasanın Geçici 2. maddesinin ikinci fıkrası ise, “Ancak, 4’üncü madde hükümlerine göre tahakkuk ettirilen borç miktarı, ödeme tarihindeki doların Türk Lirası karşılığı esas alınarak hesap ve tahsil edilir.” hükmünü içermekte iken; anılan Geçici 2. madde, 5510 sayılı Yasanın 106. maddesi ile tamamen yürürlükten kaldırıldığı gibi; aynı Yasanın 4.maddesi de, 08.05.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5754 sayılı yasanın 79. maddesiyle değişikliğe uğramıştır.

5754 sayılı Yasanın 79. maddesiyle değişik 3201 sayılı Yasanın “borçlanma tutarı ve borçlanma tutarının iadesi” başlıklı 4. maddesi, “borçlanılacak her bir gün için tahakkuk ettirilecek borç tutarı, başvuru tarihindeki 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 82’nci maddesinde belirtilen prime esas asgari ve azamî günlük kazanç arasında seçilecek günlük kazancın % 32’sidir. Ancak, prime esas asgari günlük kazancın altında olmamak üzere borçlanma tutarına esas alt sınırı farklı bir miktarda belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Borçlanılan süreler, yurda kesin dönüş yapılmış olması şartıyla aylık tahsisi için yazılı talepleri halinde 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin son fıkrası hükümlerine göre değerlendirilir. Tahakkuk ettirilen borç tutarı, tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde ödenir. Ödeme yapılan gün sayısı prim ödeme gün sayısına ve prime esas kazanca dahil edilir. Tahakkuk ettirilen prim borcunu tebligat tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödemeyenler için yeniden başvuru şartı aranır.

Borçlanmadan sonradan vazgeçenler ile yapılan borçlanma sonrasında aylık bağlanması için gerekli şartları yerine getiremeyenlere ve bunların hak sahiplerine talepleri üzerine yaptıkları ödemeler, faizsiz olarak iade edilir...” hükmünü içermekte olup; anılan madde içeriğinden de açıkça anlaşılacağı üzere, 3201 sayılı Yasa kapsamındaki borçlanmalarda, borçlanma tutarının belirlenmesindeki “ödeme tarihi” kıstası, “borçlanma başvuru tarihi” olarak değişikliğe uğramıştır.

3201 sayılı Yasadan yararlanarak yurtdışında geçen sürelerini borçlanmak isteyenler ile Kurum arasında borçlanma işlemine, bunun sonucu olarak ödenecek prim miktarına ilişkin de uyuşmazlıklar çıkmaktadır. Kurumun aktüeryal dengesi ve hakkaniyet ölçüleri gözetilerek ödenecek primin hangi tarihteki prime esas kazanç miktarları esas alınarak belirleneceği üzerinde durulmalıdır. Bu yönde, 3201 sayılı Yasanın 4. maddesinin önceki düzenlemesinde açıkça “ödeme tarihi” esas alındığından,

bu konuda çıkabilecek uyuşmazlık ödeme tarihine göre çözümlenmekte iken, yürürlükte olan düzenleme tahakkuk tarihindeki primin tebliğden itibaren üç aylık süre içinde ödenmesi şeklinde olup, bu üç aylık sürenin geçirilmesi durumunda borçlanma bedeli olarak ödenecek prim miktarının nasıl belirleneceği irdelenmelidir,.

Burada, Kurum işleminin hukuka uygun olması kriter olarak alınmalıdır.Kurum, yapılan borçlanma başvurusunu hukuka uygun olarak değerlendirmiş ve yaptığı borç tahakkukunu tebliğ etmiş, buna rağmen borçlanma bedeli Yasada belirtilen üç aylık süre içinde ödenmemiş ise, 3201 sayılı Yasanın 4. maddesi gereği borçlanmak için Kuruma yeniden başvuru gerektiğinden, davanın açıldığı tarihe bakılmaksızın buna ilişkin isteğin reddine karar verilmelidir. Örneğin, Türkiye'de sigortalı olarak tescili bulunmayanların borçlanması 5510 sayılı Yasanın 4/1-b maddesi kapsamında değerlendirilerek borç tahakkuku yapılması yasa gereği olup, Kurum işlemi hukuka uygun olacağından, tahakkuk ettirilen prim borcunu ödeme yerine, borç tahakkukunun 5510 sayılı Yasanın 4/1-a maddesine göre yapılması ve prim borcunun da başvuru tarihindeki prim miktarları esas alınarak belirlenmesine ilişkin davanın reddi gerekecektir.

Kurum işleminin hukuka uygun bulunmaması durumunda ise, prime ilişkin uyuşmazlığın makul süre gözetilerek çözümlenmesi gerekir. Makul sürenin belirlenmesinde, 5510 sayılı Yasanın 42. maddesinden yararlanılabilir. Anılan maddede, "Kurum, sigortalıya veya hak sahiplerine bağlanacak gelir, aylık veya toptan ödemeleri, gerekli belgelerin ve incelemelerin tamamlandığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde hesap ve tespit ederek sonuçlarını yazı ile bildirir." düzenlemesine yer verilmiştir. Benzer düzenlemeye Mülga 506 sayılı Kanunun 116. maddesinde de yer almakta idi. Ayrıca, 3201 sayılı Yasanın 4. maddesinde de üç aylık ödeme süresi belirlenmiş olup; tüm bu düzenlemeler, 3201 sayılı Yasayla ilgili uyuşmazlıklarda üç aylık sürenin makul süre olarak alınabileceğini göstermektedir.

Buna göre, Kurumun hukuka aykırı işlemine karşı, Kurum işleminin tebliğ tarihinden itibaren üç aylık makul süre içinde dava açılması durumunda, borçlanılacak prim miktarının başvuru tarihindeki primler esas alınarak belirlenmesi; üç aylık makul süre geçtikten sonra dava açılması durumunda ise, dava yeni borçlanma iradesi sayılarak davanın açıldığı tarihindeki primler esas alınarak borçlanma bedeli belirlenmesi gerekir. Örneğin, Türk vatandaşlığından izinle çıkan kişilerin, Türk vatandaşı oldukları dönemde yurtdışında geçen süreleri borçlanma hakkının varlığı gözetildiğinde, başvuru tarihinde Türk vatandaşı olunmadığı gerekçesiy-

le borçlanma başvurularının reddi hukuka aykırı olacağından, ödenecek borçlanma bedelinin burada belirtilen kriterlere göre belirlenmesi gerekir.

Diğer bir olasılık da, Kurumun borçlanma talebini değerlendirmeyip cevapsız bırakmasıdır. Bu durumda, 5510 sayılı Yasanın 42. Maddesinde belirtilen üç aylık süre geçtiğinde Kurumun talebi reddetmiş olduğu esas alınarak, anılan üç aylık bekleme süresine yukarıda belirtilen üç aylık makul süre (3 + 3 =6 ay) eklenmeli; davanın kuruma başvuru tarihinden itibaren 6 aylık süre içinde açılması durumunda yine Kuruma ilk başvurunun yapıldığı tarihteki prime esas kazancın esas alınması; başvuru tarihinden itibaren altı aylık sürenin geçmesinden sonra dava açılması durumunda ise, makul sürenin geçtiği ancak Kurum tarafından da başvuruya bir cevap verilmediği gözetilerek borçlanma bedelinin davanın açıldığı tarihteki prime esas kazanç miktarı esas alınarak belirlenmesi gerekecektir.

Somut olayda, izinle çıkarak Türk Vatandaşlığını kaybeden davacının, 02.01.2013 günlü borçlanma başvurusu, talep tarihinde Türk Vatandaşı olmadığı gerekçesiyle ve hukuka aykırı şekilde 16.01.2013 günlü kurum yazısıyla reddi üzerine eldeki bu davanın açıldığının anlaşılması karşısında; anılan 16.01.2013 günlü red yazısının davacıya tebliğine ilişkin tebliğ belgesi getirtilip, tebliğ tarihi belirlenerek, yukarıdaki ilkeler çerçevesinde yeniden yapılacak değerlendirme sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde karar tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 21.04.2016 gününde oybirliği ile karar verildi.

YAPILMAYAN ZAM ARTIŞLARINDAN KAYNAKLANAN MAAŞ FARKLARI

ÖZET: Vakıf emeklisi ile emsal durumda bulunan SSK emeklisinin aylığının tespiti amacıyla, 506 sayılı Yasa'nın 61. maddesi çerçevesinde alanında uzman bilirkişi yada bilirkişi heyetinden, aylık hesabı yönünden denetime elverişli rapor alınarak, Vakıf emeklisine ödenen aylık ile benzer koşulları taşıyan SSK emeklisine ödenen aylıklar ay be ay ayrı ayrı belirtilmek suretiyle, aralarında yapılacak karşılaştırmanın sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, denetime elverişli olmayan bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırıdır.

Y. 10. HD. E.2016/3336, K.2016/6873 T. 28.04.2016

Dava, 01/01/2003 tarihinden bugüne kadar vakıf senedi ve 506 sayılı Yasa gereği yapılmayan zam artışlarından kaynaklanan maaş farkları alacağının fazlaya ilişkin talep ve dava hakkı saklı kalmak kaydıyla şimdilik 1.000-TL'sinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilâmında belirtilen gerekçe ile davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmün, davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacı vekili, davacının 506 sayılı Yasa'nın geçici 20. maddesi hükmü uyarınca kurulan davalı vakfın üyesi olarak 01/08/1993 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı aldığı, ancak davalı vakıf tarafından 01/01/2003 tarihinden itibaren, ilgili yasal mevzuat uyarınca SSK'dan yaşlılık aylığı almakta olanlara yapılan oranda zam ve seyyanen yapılan zam artışlarının davacının yaşlılık aylığına da uygulanması gerekirken uygulanmadığı, yine SSK'dan yaşlılık aylığı alanlara uygulanan enflasyon artışlarından kaynaklanan zammın da yansıtılmadığı, bu nedenle 01/01/2003 tarihinden bugüne kadar vakıf senedi ve 506 sayılı Yasa gereği yapılmayan zam artışlarından kaynaklanan maaş farkları alacağının fazlaya ilişkin talep

ve dava hakkı saklı kalmak kaydıyla şimdilik 1.000-TL'sinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tahsiline, karar verilmesini talep etmiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

1)Davanın yasal dayanağı 506 sayılı Yasa'nın geçici 20. maddesidir. 506 sayılı Yasa'nın geçici 20. maddesinin (b) bendi "Bu personelin, iş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm, eşlerinin analık, eş ve çocuklarının hastalık hallerinde, en az bu kanunda belirtilen yardımları sağlayacak," hükmünü içermekte olup davalı vakıf, mensupları yönünden zorunlu sosyal güvenlik kurumu niteliğindedir. Geçici 20. madde, 506 sayılı Yasa'nın tüm sistemi içinde değerlendirildiğinde, bu madde de sayılan sandıklar bağlı bulundukları kuruluşların personeli hakkında yasal düzenleme alanı içinde Sosyal Sigortalar Kurumunun yüklendiği görevleri, sağladığı hakları o düzeyin altına düşmemek üzere yüklenmiş sandıklar olup, görevleri ve en az yükümlülükleri yasa ile belirlenmiştir.(YİBK 9.3.1983/1-1, RG 23.06.1983/18086). Bu husus, Vakıf Senedinin 4. maddesinde; "Vakfın gayesi: a) İş bu vakıf senedi hükümleri dairesinde üyelerin emeklilik, malullük, ölüm, hastalık, analık, iş kazaları ve meslek hastalıkları hallerinde eş ve çocukları ile üyenin geçindirmekle yükümlü bulunduğu ana ve babasının hastalıklarında, Sosyal Sigortalar Kanunları ile temin edilen yardımlardan az olmamak üzere hak sahiplerine yardımda bulunmak..."olarak da açıklanmaktadır.

506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesine, 25.02.2011 tarih 27857 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6111 sayılı Kanunun 53. maddesi ile, "Birinci fıkranın (b) bendinin uygulanmasında, yardımların sağlanması ve bağlanması yönünden alt sınırın belirlenmesinde muadil miktar karşılaştırması esas alınır. Ancak, gelir ve aylıkların artırılmasında 506 sayılı Kanuna göre bağlanan gelir ve aylıkların artırımına ilişkin hükümler devir tarihine kadar uygulanmaz. 5510 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesinin onikinci fıkrasında yer alan sınırlama dâhilinde sandıkların kuruluş senetlerinde yer alan hükümler ve sandıkların uygulamaları saklıdır. Bu hüküm, yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ve görülmekte olan davalar hakkında da uygulanır." fıkrasını eklemiştir.

Yasa koyucu madde gerekçesinde; "506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun geçici 20'nci maddesi kapsamındaki sandıklar tarafından bağlanan aylık ve gelirlerin artırılmasında 506 sayılı Kanuna göre bağlanan aylıklara uygulanan artışların söz konusu sandıkların aktüeryal dengelerini bozmasından dolayı, aylık ve gelirlerde yapılacak artışlarda muadil miktar karşılaştırmasının esas alınmasının sağlanması ve bu nedenle doğmuş ve doğacak olan uyuşmazlıkların giderilmesinin amaçlan-

dığını" ifade etmiştir. Maddenin açık hükmü ve gerekçesi gözetildiğinde, Vakıf emeklisi ile aynı tarihte yaşlılık aylığı bağlanan koşulları benzer bir SSK emeklisine ödenen muadil yaşlılık aylığı miktarının karşılaştırılması yapılmalıdır. Yapılacak karşılaştırma sonucu, SSK emeklisine ödenen aylığın Vakıf emeklisine ödenen aylıklardan fazla olması durumunda, davalı Vakıf yönünden yaşlılık aylığı miktarı konusunda ek yükümlülük doğacağından, aradaki farkın Vakıf emeklisine ödenmesi gerekecek, aksi halde ise yapılacak bir işlem bulunmayacaktır.

Davacıya 01/08/1993 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlandığı nazara alındığında, aynı tarihte yaşlılık aylığı bağlanan ve koşulları davacı ile benzer olan SSK emeklisine bağlanacak muadil aylık hesabında, emeklilik tarihi 4447 sayılı Yasa öncesi olduğu göz önünde bulundurularak, 506 sayılı Yasa'nın 61. maddesi uygulama alanı bulmaktadır. Bu maddeye göre tespit edilen, Vakıf emeklisi ile benzer koşulları taşıyan SSK emeklisine bağlanan aylığa 506 sayılı Kanun Ek 38. maddesinde yer alan, her ay TÜİK tarafından açıklanan bir önceki aya göre kentsel yerler TÜFE değişim oranına göre arttırılması hükmünün uygulanması, 2003 yılında 4784 sayılı Kanun uyarınca 506 sayılı Kanunun Ek 38. maddesine göre Ocak 2003'den itibaren gelir, aylıklarda yapılan artış miktarları toplamını 75,00 TL'ye tamamlayacak şekilde ve aylık tüketici fiyatları endeksi artış oranındaki miktarların toplamının 75,00 TL'den düşülmesi suretiyle bulunacak miktar kadar sosyal destek ödemesi ödeme yapılması, 2004 yılında 5073 sayılı Kanun, 2005 yılında 5282 sayılı Kanun, 2006 yılında 5454 sayılı Kanun, 2007 yılında 5565 sayılı Kanun hükümleri uyarınca belirlenen artış oranları uygulanması gerekmektedir.

Eldeki davada, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, Vakıf emeklisi ile benzer koşulları taşıyan SSK emeklisine ödenen yaşlılık aylığı miktarı ayrı ayrı belirtilmiş ise de, kabulün yasal dayanağı, SSK aylığının hesabına ilişkin ilkeler ve hesaplama yöntemleri ile SSK aylık hesabının hangi oran ve artışlar nazara alınarak yapıldığını belirtir, denetime elverişli bir rapor düzenlenmediği anlaşılmaktadır. Mahkemece, Vakıf emeklisi ile emsal durumda bulunan SSK emeklisinin aylığının tespiti amacıyla, 506 sayılı Yasa'nın 61. maddesi çerçevesinde alanında uzman bilirkişi yada bilirkişi heyetinden, aylık hesabı yönünden denetime elverişli rapor alınarak, Vakıf emeklisine ödenen aylık ile benzer koşulları taşıyan SSK emeklisine ödenen aylıklar ay be ay ayrı ayrı belirtilmek suretiyle, aralarında yapılacak karşılaştırmanın sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, denetime elverişli olmayan bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırıdır.

2) Mahkeme kabulüne göre her ne kadar davacı aleyhine vekalet ücretine hükmedilmiş ise de, davanın 6111 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi olan 25/02/2011 tarihinden önce açıldığı nazara alındığında, açıldığı tarihteki mevzuat hükümlerine uygun olan davanın, yasal dayanağını oluşturan düzenlemenin, yargılama sürecindeki yasa değişikliğiyle ortadan kalkması nedeniyle, tarafların sorumluluğu bulunmadığı halde; her davanın açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirileceği yönündeki usul kuralından hareketle davacının, davada haksız çıkan taraf olarak nitelenip vekalet ücretiyle sorumluluğuna hükmedilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek hâlinde davacıya iadesine, 28.04.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KURUMA BİLDİRİLEN ÇALIŞMA SÜRELERİ YÖNÜNDEN SİGORTA PRİMİNE ESAS KAZANÇ TUTARININ TESPİTİ DAVASI

ÖZET: Yazılı delille ispat sınırının altında kalan miktar için tanık dinlenebileceği gibi, tespiti istenen miktar sınırı aşsa dahi varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa tanık dinlenmesi mümkündür.

10. HD E.2016/5864, K. 2016/6913 T. 28.04.2016

Dava, sigorta primine esas kazanç (ücret) tutarının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, uyulan bozma ilâmı sonrasında davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davacı vekili, davalı vekili ve fer'î müdahil Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosya-

daki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacı, 01.01.2014-19.05.2014 tarihleri arasında davalı işverene ait işyerinde hizmet akdine tabi olarak geçen ve davalı Kurum'a bildirilen çalışma süreleri yönünden 1.500,00 TL net ücretle çalıştığının tespitini istemiş, Mahkemece, 13.05.2015 tarihli ilk hükümde davanın kısmen kabulü ile davacının 01.01.2014-19.05.2014 tarihleri arasında asgari ücretin 1,85 katı ücretle çalıştığının tespitine karar verilmiş, Dairemizin 12.11.2015 tarih ..../....Esas .../... Karar sayılı ilâmıyla; "...Davanın yasal dayanağı olan 5510 sayılı Kanunun "Prime esas kazançlar" başlığını taşıyan 80. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, sigortalıların prime esas kazançlarının nasıl belirleneceği açıklanmıştır. Diğer taraftan 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun; 288. maddesinde, bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri belir bir tutarı geçtiği takdirde senetle kanıtlanması gerektiği, bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri, ödeme veya borçtan kurtarma (ibra) gibi herhangi bir sebeple belir bir tutardan aşağı düşse bile senetsiz kanıtlanamayacağı bildirilmiş, 289. maddesinde, 288. madde uyarınca senetle kanıtlanması gereken konularda yukarıdaki hükümler hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati durumunda tanık dinlenebileceği, 292. maddesinde de, senetle kanıtlanması zorunlu konularda yazılı bir delil başlangıcı varsa tanık dinlenebileceği açıklanarak delil başlangıcının, dava konusunun tamamen kanıtlanmasına yeterli olmamakla birlikte, bunun var olduğunu gösteren ve aleyhine sunulmuş olan tarafça verilen kağıt ve belgeler olduğu belirtilmiştir. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 200. ve 202. maddelerinde de bu düzenlemeler korunmuştur.

Kuruma ödenmesi gereken sigorta primlerinin hesabında gerçek ücretin/kazancın esas alınması gerekmekte olup hizmet tespiti davalarının kamusal niteliği gereği, çalışma olgusu her türlü kanıtla ispatlanabilmesine karşın ücret konusunda aynı genişlikte ispat serbestliği söz konusu değildir ve değinilen maddelerde yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır. Ücret tutarı maddede belirtilen sınırları aştığı takdirde, tespiti gereken gerçek ücretin; hukuksal geçerliliğe sahip olarak düzenlenmiş bulunmaları kaydıyla, sigortalının imzasını içeren aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle kanıtlanması olanaklıdır. Yazılı delille ispat sınırının altında kalan miktar için tanık dinlenebileceği gibi, tespiti istenen miktar sınırı aşsa dahi varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa tanık dinlenmesi mümkündür. Nitekim

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.10.2010 gün ve 2010/10-480 Esas - 2010/523 Karar, 20.10.2010 gün ve 2010/10-481 Esas - 2010/524 Karar, 20.10.2010 gün ve 2010/10-482 Esas - 2010/525 Karar, 19.10.2011 gün ve 2011/10-608 Esas - 2011/649 Karar, 19.06.2013 gün ve 2012/10-1617 Esas - 2013/850 Karar sayılı ilamlarında da aynı görüş ve yaklaşım benimsenmiştir.

Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında dava konusu somut olayda; asgari ücretin üzerinde ücret alma iddiasının öngörülen yönteme uygun kanıtlanamadığı açıktır.

Öte yandan; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 26/1'inci maddesi uyarınca "Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir."

Davaya konu somut olayda ise, 01.01.2014-19.05.2014 tarihleri arasında davalı işverene ait işyerinde hizmet akdine tabi olarak geçen ve Kuruma bildirilen çalışma (zorunlu sigortalılık) süreleri yönünden 1.500,00 TL net ücretle çalıştığının tespitini isteyen davacı talebine rağmen, mahkemece, talep aşılarak, davacının 04.01.2014-19.05.2014 tarihleri arasında asgari ücretin 1,85 katı ücretle çalıştığının tespitine karar verilmesi, isabetsizdir." görüş ve düşüncesiyle ilk hüküm bozulmuş, mahkemece, uyulan bozma ilamı sonrasında, davacının 04.01.2014-19.05.2014 tarihleri arasında 1.500,00 TL net ücretle çalıştığının tespitine karar verilmiştir.

Mahkemece bozma kararına uyulmasına karar verilmiştir. Bozma kararına uyulmakla, bozma kararı lehine olan taraf yararına usulü kazanılmış hak doğar ve mahkemece de bozma kararı doğrultusunda karar verilmesi gerekir. (09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı İBK) O halde mahkemece bozma kararına uyulduğuna göre, bozma kapsamı doğrultusunda inceleme ve araştırma yapılarak karar verilmesi gerekir.

Bu açıklamalar ışığı altında inceleme konusu dava değerlendirildiğinde; bozma ilamımızda açıklanan ispat kuralları çerçevesinde ve yazılı belgeler kapsamında araştırma ve yöntemince irdeleme yapılmaksızın verilen hüküm eksik inceleme ve araştırmaya dayalı olduğu gibi, Dairemizin bozma kararının gereği de yerine getirilmemiştir.

O hâlde, davacı vekili, davalı vekili ve feri müdahil Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle B**OZULMASINA**, temyiz harcının istem hâlinde davacı ve davalıya iadesine, 28.04.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

GENEL MÜDÜR • ÜCRET ALACAĞI • DAVADA GÖREV

ÖZET: Genel Müdür ile şirket arasındaki ücret alacağı davasına Ticaret Mahkemesinde bakılır.

Genel Müdürde olsa davacının ücret alacağı talep edebileceği dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

Y. 11. HD E. 2016/2995, K. 2016/3579, T. 04.04.2016

Taraflar arasında görülen davada .....Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 10.03.2015 tarih ve 2014/444-2015/163 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi .....tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin 17.08.2011 ila 27.05.2013 tarihleri arasında 3.000 TL ücret ve 2.000 TL prim üzerinden davalı şirkette genel müdür olarak çalıştığını, Mart, Nisan, Mayıs ayı ücretlerinin, hafta tatili, genel tatil, fazla mesai çalışmaları karşılıklarının ödenmediği gibi yıllık izinlerin de kullandırılmadığını, 05.06.2013 tarihli ihtarname ile iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini ileri sürerek kıdem tazminatı, fazla çalışma, genel tatil, yıllık izin ücreti ve üç aylık birikmiş ücreti karşılığı olarak şimdilik 1.000 TL'nin faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir. Davacı vekili, 01.07.2014 tarihli ıslah dilekçesi ile talep sonucunu 16.528,20 TL'ye çıkarmıştır.

Davalı vekili, davacının, müvekkilinin kurucu ortaklarından olduğunu, 07.02.2013 tarihine kadar yönetim kurulu üyesi olarak, 17.08.2011 ila 25.07.2013 tarihleri arasında genel müdür sıfatıyla hizmet verdiğini, 01.03.2013 tarihine kadar ara ara şirkete gelmekle genel müdürlük vazifesini aksattığı gibi bu tarihten sonra hiç gelmez olduğunu, haklı nedenle fesih hakkı doğduğu halde %10 ortaklık sıfatı da bulunduğundan görevinin başına tekrar geçeceği düşüncesiyle SGK nezdinde çıkışının yapılmadığını, dava dilekçesinin tebiğinin ardından haklı nedenle fesih

ve çıkış işlemlerinin gerçekleştirildiğini, davacının kıdem tazminatına hak kazanamadığını, yönetim kurulu üyesi ve genel müdür sıfatı ile diğer işçilik alacakları iddiasının da hayatın olağan akışına aykırılık taşıdığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacının 15.02.2013 tarihinde hisse devri yaparak ortaklıktan ve yönetim kurulu üyeliğinden ayrıldığı, 15.02.2013 tarihine kadar işveren sıfatının da bulunduğu, buna göre işçilik alacağı isteyemeyeceği, bundan sonraki çalışmasının hizmet akdi kapsamında kaldığı, hizmet akdi kapsamında kalan talepler yönünden iş mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle davaya konu 9.000 TL ücret alacağı ve 890,53 TL kıdem tazminatı alacağı olmak üzere 9.890,53 TL yönünden dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine, olumsuz görev uyuşmazlığı meydana geldiğinden merci tayini için dosyanın Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine, davaya konu 4.637,67 TL kıdem tazminatı alacağı ve 2.000 TL yıllık izin ücret alacağı olmak üzere toplam 6.637,67 TL davacının alacak istemleri yerinde görülmediğinden reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava, davalı şirkette genel müdür olarak çalışılan dönem içinde tahakkuk eden alacağın tahsili istemine ilişkin olup davacının, fesih tarihine kadar davalı şirkette genel müdür ve 07.02.2013 tarihine kadar yönetim kurulu üyesi sıfatının bulunduğu, ayrıca davalı şirketin ortağı olduğu taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir.

Anonim şirket ile şirketi temsile yetkili murahhas üye veya müdürler arasındaki ilişki 6102 sayılı TTK'nın 365 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Yine TTK'nın 4. maddesinde bu kanundan kaynaklanan uyuşmazlıkların tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava olduğu belirtilmiş; aynı yasanın 5. maddesinde ise aksine hüküm bulunmadıkça tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerinin asliye ticaret mahkemesinde görüleceği öngörülmüştür. Davacının, davalı şirkette genel müdür sıfatının bulunduğu ve 07.02.2013 tarihine kadar yönetim kurulu üyesi olduğu sabittir. Ayrıca davacının şirket hisselerini devrederek ortaklıktan ayrıldığına ilişkin bir belgeye dosya içerisinde rastlanmadığı, 20.05.2015 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu sorgulama kaydında davacının halen davalı şirket ortağı olduğu görüldüğü halde mahkemece hangi belgeye dayandırıldığı açıklanmadan, davacının 15.12.2013 tarihinde hisselerini devrettiği ve şirketten ayrıldığının görevsizlik kararına gerekçe yapılması doğru görülmemiştir. Bu durumda

uyuşmazlığa konu tüm talepler hakkında asliye ticaret mahkemesinin görevli bulunduğu gözetilip işin esasına girilerek neticesine göre bir hüküm tesis edilmesi gerektiği halde davacının yönetim kurulundan ayrılmasına ilişkin kararın Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edildiği 15.12.2013 tarihinden sonraya tekabül eden istemler yönünden görevsizlik kararı verilmesi yerinde olmamış, davacı vekilinin görevsizlik kararına ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir.

2- Davacının esastan incelenip reddedilen kısma ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davacı vekilinin aşağıdaki 3 nolu bent dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde değildir.

3- Ancak, davacı, davalı şirkette genel müdür olarak çalıştığını ve Mart, Nisan, Mayıs ayları ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek bu alacağının tahsilini de istemiş olup davacının genel müdür sıfatının bulunduğu taraflar arasında uyuşmazlık dışıdır. Bu durumda davacının genel müdür sıfatına bağlı olarak ücret isteme hakkı bulunduğu nazara alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken işveren sıfatının da bulunduğu, bu nedenle alacak talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle talebin reddine karar verilmesi yerinde olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin görevsizlik kararına ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin esas hakkında tesis edilen hükme yönelik sair temyiz itirazlarının reddine, (3) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin esas hakkında kurulan hükme yönelik temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 04.04.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HAKSIZ İPTAL EDİLEN POLİÇEDEN DOLAYI OLUŞAN ZARARIN TAZMİNE
•
UZAMIŞ ZAMANAŞIMI SÜRESİ

ÖZET: Uzamış zamanaşımının uygulanabilmesi için kamu davasının açılmış olması yeterli olmayıp isnat edilen fiilin suç teşkil etmesi gereklidir.
Y. 11. HD. E.2016/1960, K.2016/2498, T. 07/03/2016

Taraflar arasında görülen davada .... .. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 27/01/2015 tarih ve 2014/8-2015/55 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dosyanın incelenmesinde duruşma için gerekli tebligat giderinin yatırılmamış olması nedeniyle 6100 sayılı Kanun'un geçici 3/2. maddesi delaletiyle uygulanması gereken HUMK'nın 3156 sayılı Kanun ile değişik 438/1. maddesi gereğince duruşma isteğinin reddiyle incelemenin dosya üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkiline ait araçların Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortalarının davalı tarafından yapıldığını, bedelleri ödendiği halde müvekkilinin haberi olmadan poliçelerin iptal edildiğini, toplam zararlarının 94.572,51 TL olduğunu, 10.000 TL'lik kısım için açtıkları davanın kabul edildiğini ileri sürerek bakiye 84.572,51 TL'nin iptal tarihlerinden itibaren işleyecek reeskont faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, zamanaşımı definde bulunduklarını, primlerin ödenmemesi nedeniyle poliçelerin iptal edildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, uyulan bozma ilamı ve tüm dosya kapsamına göre, taraflar arasındaki ihtilafın .... .. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin dosyası ile çözümlendiği, kararın kesinleştiği, kesin hüküm ve esas teşkil eden anılan dosyada bilirkişi raporu ile 94.572,51 TL davacı zararının belirlendiği, önceki dosyada hükmedilen 10.000 TL'nin düşülmesi sureti ile kalan 84.572,51 TL alacağın tahsilinin gerektiği, dava konusu olayla ilgili olarak açılmış kamu davasının bulunduğu, bu durumda davaya uzatıl-

mış zamanaşımının uygulanması gerektiği, buna göre zamanaşımı süresinin tamamlandığından söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne, 84.572,51 TL'nin poliçelerin iptal tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, faiz konusundaki fazla talebin reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, davalı tarafından tanzim edilen poliçelerin haksız iptaline bağlı olarak oluşan zararın tazmini istemine ilişkindir. Davalı, zamanaşımı def'ini ileri sürmüş, mahkemece, dava konusu olayla ilgili ceza davasının bulunduğu, uzamış zamanaşımının söz konusu olduğu, uzamış zamanaşımının uygulanmasının ceza davası açılmasına ya da mahkumiyete bağlanamayacağı gerekçesiyle zamanaşımı def'inin reddine karar verilmiştir. Ancak, davalının acentesinin yetkilisi .... hakkında davacı Belediyeyi dolandırdığı iddiasıyla açılan kamu davasında .... .. Ağır Ceza Mahkemesinin 15.05.2008 tarih, 2006/162 E.- 2008/191 K. sayılı kararı ile dolandırıcılık suçunun yasal unsurları itibariyle oluşmadığı gerekçesiyle beraat hükmü tesis edilmiş, katılan vekilinin temyiz talebi üzerine ....'nin ..... tarih, .../..... E, - ..../..... K. sayılı ilamı ile de gerçekleşen zamanaşımı sebebiyle acente yetkilisi hakkında açılan kamu davasının düşmesine karar verilmiştir.

Somut olayda uzamış zamanaşımının uygulanabilmesi için kamu davasının açılmış olması yeterli olmayıp isnat edilen fiilin suç teşkil etmesi gereklidir. Açılan kamu davasında zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verildiğinden davalının acenteliğini yapan şirket yetkilisinin eylemlerinin suç teşkil ettiğinin ceza mahkemesi kararıyla sabit olduğundan söz edilemeyecektir. Bu durumda mahkemece, delillerin takdir edildiği .... .. Ağır Ceza Mahkemesinin 15.05.2008 tarih, 2006/162 E.- 2008/191 K. sayılı beraat kararının da değerlendirilmesi, davalının acentesi şirket yetkilisinin eylemlerinin suç teşkil edip etmediğinin mahkemece belirlenmesi ve acentenin eylemlerinin suç teşkil ettiğinin sabit görülmesi halinde uzamış zamanaşımının uygulanması gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde zamanaşımı def'inin reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 07/03/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAKİPTEN SONRA İHTİYATİ HACİZ TALEBİ

ÖZET: Takipten sonra ihtiyati haciz talebinde bulunmayı engelleyen bir husus yoktur.

Y. 11. HD. E.2016/1991, K.2016/2480 T. 07/03/2016

.... 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 05/10/2015 tarih ve 2015/87-2015/87 D.İş sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi ihtiyati haciz talep eden vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

İhtiyati haciz talep eden vekili, borçlu limited şirketin müvekkil bankadan kredi kullandığını, karşı taraf olan müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatını haiz borçluların kredi borcunu ödemediğini, bunun üzerine borçlular aleyhine icra takibi başlattıklarını, ancak borçluların kaçma girişiminde bulunduklarını öğrendiklerini ileri sürerek, borçlular aleyhine ihtiyati haciz kararı verilerek borçluların bankalara gelen ve gelecek havalelerin haczine, taşınmazların, maaşlarının, ... de alacakları varsa haczine, menkul mal varlıklarının, 3 kişilerdeki hak ve alacaklarının haczine, PTT gelen ve gelecek havalelerin haczine, araçları varsa haczine ve trafikten menine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, alacaklı banka tarafından borçlular aleyhine icra takibi başlatıldığı, takip dosyası üzerinden alacaklı vekilince haciz talebinde bulunulabileceği, yeniden ihtiyati haciz kararı alınmasına gerek olmadığı gerekçesiyle, ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmiştir.

Kararı ihtiyati haciz talep eden vekili temyiz etmiştir.

İstem, genel kredi sözleşmesine dayalı ihtiyati hacze yöneliktir. Alacaklı banka tarafından yapılan takipten sonra ihtiyati haciz istenildiği anlaşılmaktadır. İhtiyati haczin koşulları İİK 257 ve devamı maddelerinde düzenlenmekte olup, bu düzenleme içinde takipten sonra ihtiyati haciz talebini engelleyecek herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu durum karşısında, yukarıda belirtilen hususlar gözönüne alınarak, ihtiyati haciz isteminin kabulüne karar vermek gerekirken, reddine karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle ihtiyati haciz talep eden vekilinin temyiz itirazlarının kabülü ile hükmün ihtiyati haciz talep eden yararına **BOZULMASINA,** 07/03/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

ÇEK HAMİLİ • ARA CİRANTA • HAMİL SIFATI

ÖZET: Ciro silsilesi içinde bulunan ciranta son hamil olmasa da, geriye dönüş cirosu olmaksızın yetkili hamil olabilir ve borçlulara takip yapabilir.*

Y. 12 HD E. 2012/28112, K. 2013/3630, T. 12.2.2013

Çeke dayalı kambiyo senetlerine mahsuz haciz yoluyla yapılan takipte, keşideci borçlu takip konusu 3 çekin lehtarı ile aralarındaki sözleşmenin feshedilip borçlarının olmadığını, 10.01.2012 keşide tarihli çeki bankaya ibraz edenin A.M. Mob.Aks. ve San.Dış.Tic.Ltd.Şti. olup alacaklının yetkili hamil olmadığından dolayı borca itiraz etmiş, mahkemece yapılan yargılama sonunda 10.01.2012 keşide tarihli çekin yetkili hamilinin yukarıda ismi yazılı şirket olup alacaklarının yetkili hamil olmadığından bu çek yönünden istemin kabulüne, diğerleri yönünden ise reddine karar vermiştir.

TTK'nın 702. maddesinde; "Cirosu kabil bir çeki elinde bulunduran kimse son ciro beyaz ciro olsa bile kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşıldığı takdirde selahiyetli hamil sayılır. Çizilmiş cirolar bu hususta yazılmamış hükmündedir. Bir beyaz ciroyu diğer bir ciro takip ederse bu son ciroyu imzalayan kimse çeki beyaz ciro ile iktisap etmiş sayılır" düzenlemesine yer verilmiştir.

Somut olayda 10.01.2012 keşide tarihli çekin keşideci borçlu olup çek lehtarı P.Turz.Sey.Ltd.Şti.'nce F.E.'ya onun tarafından alacaklıya, alacaklı tarafından da A.M.Mob.Aks.ve San.Dış.Tic.Ltd.Şti.'ne ciro edildiği görülmektedir. Buna göre alacaklı çekin ibrazından önce ciro silsilesinde yer almakta olup, Dairemizin süregelen içtihatlarına göre geriye dönüş cirosu aranmadan alacaklı yetkili hamil olarak takip yapma hakkına sahiptir.

O halde mahkemece anılan çek yönünden de şikayetin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin kısmen kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

* Gönderen: Av. Reşit HALİS

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararını yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 12/02/2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VADEDEN SONRA YAPILAN CİRO • TARİHSİZ CİRO

ÖZET: Üzerinde tarih olmayan cironun protestodan önce yapıldığı kabul edilmelidir.

Y. 12. HD E. 2015/18702, K. 2015/22141, T. 28.9.2015

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından borçlu lehtar aleyhine bir adet bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlatılan takipte, borçlu tarafından, borcun bulunmadığı, protestodan sonra yapılan cironun temlik cirosu olduğu, aralarında bu yönde yapılmış bir sözleşme bulunmadığı belirtilerek takibin iptalinin talep edildiği, mahkemece, senedin protestodan sonra alacaklıya verildiği,protestodan sonra yapılan cironun alacağın temliki işleminin sonucunu doğuracağı, usulüne uygun bir alacağın temliki işleminin bulunmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne ve takibin iptaline karar verildiği görülmektedir.

Takip dayanağı bononun incelenmesinde; muteriz borçlu lehtarın cirosu ile alacaklıya geçtiği ve alacaklının yetkili hamil olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan ciro işleminde tarih olmadığına göre cironun protestodan önce olduğunun kabulü gerekir.

O halde mahkemece, şikayetin reddi gerekirken, senedin protestodan sonra alacaklıya verildiği,usulüne uygun alacağın temliki işleminin bulunmadığı gerekçesiyle takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri

uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 28.09.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İMZA İTİRAZI • ALACAKLININ AĞIR KUSURU

ÖZET: Alacaklı ciranta imzaya itiraz eden kendi cirantasının sıhhatini bilebilecek durumda olduğundan, senedi takibe koymada ağır kusurlu olduğu kabul edilmelidir.

Y. 12. HD. E. 2015/18732, K. 2015/22709, T. 1.10.2015

Borçlunun temyiz itirazlarına gelince;

İİK'nın 170/4. maddesine göre, imzaya itirazın kabulüne karar verilmesi halinde icra mahkemesi, senedi takibe koymada kötü niyeti veya ağır kusuru bulunduğu takdirde alacaklıyı senede dayanan takip konusu alacağın % 20'sinden aşağı olmamak üzere tazminata ve alacağın % 10'u oranında para cezasına mahkum eder.

Somut olayda, alacaklı, takip dayanağı senette 4. ciranta; borçlunun ise, alacaklının senedi kendisinden ciro ile iktisap ettiği 3. ciranta olduğu görülmektedir. Bu durumda, alacaklı ciranta, imzaya itiraz eden kendi cirantasının imzasının sıhhatini bilecek durumda olduğundan senedi takibe koymada ağır kusurlu kabul edilmelidir.

O halde, mahkemece borçlu lehine %20 orandan tazminata ve alacaklının %10 oranında para cezası ile sorumlu tutulmasına karar verilmesi gerekirken tazminat talebin reddine ve %10 para cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda (2) nolu bentte yazılı nedenlerle İİK'nın 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 01/10/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BONODA ŞEKİL ŞARTI • TANZİM YERİ

ÖZET: Tanzim yeri bulunmayan bononun kambiyo senedi niteliği bulunmamaktadır. Bu husus re'sen dikkate alınarak takip iptal edilmelidir.

Y. 12. HD E. 2015/12086, K. 2015/24200, T. 13.10.2015

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine başlandığı, örnek 10 numaralı ödeme emrinin tebliği üzerine borçlunun yasal sürede icra mahkemesine başvurarak ciro silsilesinin kopuk olduğu, senedin teminat senedi olduğu itirazında bulunduğu, mahkemece davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

TTK'nın 776/1-f maddesi gereğince senette tanzim yerinin yazılı olması gereklidir. Aynı Kanun'un 777/4 maddesine göre ise tanzim edildiği yer gösterilmeyen bir bononun, tanzim edenin adının yanında yazılı olan yerde tanzim edilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır. Tanzim yeri olarak idari birim adı (kent, ilçe, bucak, köy gibi) yazılması yeterli olup ayrıca adres gösterilmesi zorunlu bulunmamaktadır. Senette bulunması zorunlu olan tanzim yeri ve tanzim edenin adresi senet keşidecisi için gerekli olup, TTK.nun 702. maddesi hükmüne göre, kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi senetteki borçtan sorumlu olan avalistlerin adreslerinin senette yazılı olması hali yukarıda açıklanan zorunluluğu gidermez.

Somut olayda takibe dayanak yapılan senette TTK'nın 776/1-f maddesinde zorunlu kılınan tanzim yeri bulunmadığı gibi, aynı Kanun'un 777/son maddesine uygun biçimde bonoyu tanzim edenin ad ve soyadı yanında da yazılı bir idari birim gösterilmemiştir. Bu durumda, tanzim yeri belirlenmeyen bu belgenin kambiyo vasfı bulunmamaktadır. Hukuk Genel Kurulu'nun 02.10.1996 gün ve 1996/12-5 sayılı kararı ile benimsendiği üzere İİK'nın 170/a-2. maddesi gereğince bu husus icra mahkemesince re'sen nazara alınarak takibin iptaline karar verilmesi gerekirken bu husus göz ardı edilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 13/10/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMBİYO SENEDİ • CİRO SİLSİLESİ • İMZA İTİRAZI

ÖZET: Çeki tanzim eden borçlunun lehdarın ciro imzasına itiraz hakkı yoktur.

Y. 12 HD. E. 2015/12357, K. 2015/24342, T. 13.10.2015

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

1)Borçlu A... Dayanıklı Tületim Malları Pazarlama Ticaret Anonim Şirketi yönünden yapılan temyiz talebi yargılama gideri ve vekalet ücretine ilişkindir.

İİK'nın 4949 Sayılı Kanunla değiştirilen 363/1.maddesinin son cümlesindeki kesinlik sınırının aynı kanunun ek 1.maddesinin 1.fıkrası uyarınca 01.01.2014 tarihinden itibaren artırılan miktarı dikkate alındığında uyuşmazlık konusu değerin 5.440,00 TL.yi geçmediği anlaşıldığından mahkeme kararının temyiz kabiliyeti yoktur.

Temyiz dilekçesinin (REDDİNE),

2)Borçlu D... Mobilya İmalat Ticaret Limited Şirketi yönünden yapılan temyiz talebinin incelenmesinde;

Çeke dayalı olarak; Alacaklı hamil tarafından tüm borçlular aleyhine başlatılan kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla icra takibinde; kambiyo senedinde keşideci olarak yer alan Borçlu D... Mobilya İmalat Ticaret Limited Şirketi'nin, lehtar A...Dayanıklı Tületim Malları Pazarlama Ticaret Anonim Şirketi ile arasında bayilik ilişkisi olduğunu ve senedin lehtarda bulunduğu sırada lehtar cirosunun taklit edilerek sahte ciro ile 3. kişilere devrediliğini, ciro silsilesinde kopukluk meydana geldiğini iddia ederek icra takibinin iptaline ve alacaklı taraf aleyhine kötü niyet tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep ettiği, Mahkemece istemin kabulü ile takibin iptaline, koşulları oluşmadığından tazminat talebinin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

TTK.nun 690.maddesi göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 589.maddesinde; "Bir poliçe, poliçe ile borçlanmaya ehil olmayan kimselerin imzasını, sahte imzaları, mevhum

şahısların imzalarını yahut imzalayan ve namlarına imzalanmış olan şahısları herhangi bir sebep dolayısıyla ilzam etmeyen imzaları taşırsa, diğer imzaların sıhhatine halel gelmez", yine aynı maddenin göndermesi ile çekler hakkında da uygulanması gereken TTK.nun 598.maddesinde; "Bir poliçeyi elinde bulunduran kimse son ciro beyaz ciro olsa dahi kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşıldığı takdirde selahiyetli hamil sayılır" hükümleri yer almaktadır. Kambiyo takibi yapabilmek için selahiyetli hamil olmak yeterli olup haklı hamil olmak şart değildir.

Somut olayda keşideci konumundaki D.. Mobilya İmalat Ticaret Limited Şirketi kendi imzasına itiraz etmemiştir. Çeki tanzim eden keşidecinin lehtarın ciro imzasına itiraz hakkı yoktur. Ciro imzasının lehdara ait olmaması da, yukarıda açıklanan yasa hükümleri karşısında, yetkili hamil olan alacaklının, imzasına itiraz etmeyen keşideci hakkında takip yapmasına engel teşkil etmez. Bu nedenle keşideci borçlunun, lehtarın ciro imzasının geçersiz olduğunu belirterek ciro silsilesinde kopukluk olduğundan bahisle ileri sürdüğü şikayetin reddi gerekirken, lehtarın cirosunun geçersizliğine yönelik şikayetin kabulü ile borçlu D.. Mobilya İmalat Ticaret Limited Şirketi yönünden de takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda (2) nolu bentte yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 13.10.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMBİYO SENEDİ • İLK CİRONUN LEHDARA AİT OLMASI

ÖZET: Bonodaki ilk cironun senet lehdarına ait olması gerekir. Lehdarın cirosundan önceki cirolar yok hükmündedir. Senedin kambiyo senedi niteliği kaybolmamıştır.

Y. 12 HD. E. 2015/19787, K. 2015/30130, T. 1.12.2015

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi

... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla başlatılan takibe karşı, borçlu ...'ın icra mahkemesine başvurusunda, takip dayanağı bonodaki imzanın kendisine ait olmadığını ileri sürerek takibin iptalini talep ettiği, mahkemece, takibin durdurulmasına, alacaklı aleyhine % 20 icra inkar tazminatına ve % 10 para cezasına hükmedildiği anlaşılmıştır.

6102 Sayılı ...nun 778. maddesinin göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanun'un 681/1. maddesi uyarınca; "Her poliçe (bono) açıkça emre yazılı olmasa da ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilebilir."

Somut olayda; takip dayanağı bononun lehtarı ... olup, ilk cironun lehtara ait olması zorunludur. Lehtarın cirosundan önceki cirolar yok hükmündedir. Bu nedenle, bono arkasında lehtarın cirosundan önce borçlu ... tarafından yapılan ciro yapılmamış sayılacağından, alacaklının adı geçen borçlu yönünden takip hakkı yoktur.

Bu durumda mahkemece, İİK'nın 170/a maddesi uyarınca takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, imza incelemesi yapılmak sureti ile takibin durdurulması yönünde hüküm tesisi doğru değil ise de, temyiz edenin sıfatı nazara alınarak bu husus bozma nedeni yapılmamıştır. Ancak anılan maddede tazminat öngörülmediğinden, alacaklı aleyhine tazminata ve para cezasına hükmedilmesi isabetsiz olup, kararın bu nedenle bozulması gerekir ise de, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile İstanbul .... İcra Hukuk Mahkemesi'nin 21.05.2015 tarih ve 2014/529 E., 2015/350 K. sayılı kararının hüküm bölümünün tazminat ve para cezasına ilişkin (2) numaralı bendinin tamamının silinerek karar metninden çıkartılmasına, kararın düzeltilmiş bu şekliyle İİK 366. ve HUMK'un 438. maddeleri uyarınca **(ONANMASINA),** mahkeme kararı düzeltilerek onandığından harç alınmasına yer olmadığına, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 01.12.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÇİZİLMİŞ CİRO • KAMBİYO SENEDİ

ÖZET: Çizilmiş ciro hükümsüzdür.

Ancak bu durum senedin kambiyo senedi niteliğini etkilemez.

Y. 12. HD. E. 2015/15790, K. 2015/30366, T. 03.12.2015

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Takip ve takip dayanağı senet tanzim tarihi itibarı ile yürürlükte bulunan 6762 Sayılı TTK.nun 690.maddesinin göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 598.maddesi hükmüne göre, bir poliçeyi elinde bulunduran kimse, son ciro beyaz ciro olsa dahi kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşıldığı takdirde, selahiyetli hamil sayılır. Çizilmiş cirolar bu hususta yazılmamış hükmündedir. Bir beyaz ciroyu diğer bir ciro takip ederse, son ciroyu imzalayan kimse poliçeyi beyaz ciro ile iktisap etmiş sayılır. Bonoda ilk cironun lehdara ait olması gerekir. Lehdarın cirosundan önce başka ciro yapılması halinde ise daha sonra lehdarın cirosunun bulunması durumunda, lehdarın cirosundan önceki cirolar yok sayılır. Lehdarın cirosundan sonra senedi devralan hamiller, yetkili hamil olurlar.

Somut olayda, takip dayanağı 30.07.2008 vade tarihli 6.500,00 TL bedelli bononun lehdar ... emrine düzenlendiği, senet arkasında yer alan ...'nun cirosunun çizildiği, bundan sonra da... ve ... cirolarının mevcut olduğu görülmektedir. Bu ciro çizilmemiş olsaydı bile lehdarın cirosundan önceki cirolar yok sayılacağından sırf bu nedenle dahi hükümsüzdür. Hal böyle olunca, çizilmiş ciroların bulunması, senedin kambiyo vasfını ortadan kaldırmaz ise de, alacaklının çizilmiş ciro imzasının ait olduğu şahsı (muteriz ...'yu) takip hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda, takibin iptalinin yasal dayanağı İİK'nın 170/a-2 maddesi olduğundan ve bu maddede tazminat öngörülmediğinden mahkemece alacaklı aleyhine %20 tazminata hükmedilmesi isabetsiz ve kararın bu nedenle bozulması gerekir ise de, yapılan bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden mahkeme kararının düzeltilerek onanması yoluna gidilmiştir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile... İcra Hukuk Mahkemesi'nin 19.01.2015 tarih, 2014/216 E. Ve 2015/8 K. Sayılı kararının hüküm bölümünün alacaklının %20 tazminatla sorumlu tutulmasına ilişkin (2) numaralı bendinin tamamının karar metninden çıkartılmasına, kararın düzeltilmiş bu şekliyle İİK'nın 366. ve HUMK'un 438. maddeleri uyarınca **(ONANMASINA),** mahkeme kararı düzeltilerek onandığından harç alınmasına yer olmadığına, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 03.12.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

CİROLU SENET • İMZA İTİRAZI • TAZMİNATI

ÖZET: Hamili olduğu senedin son cirosunu yapan kişinin imzasının sıhhatini bilebilecek pozisyonda bulunan kişinin ağır kusurlu olduğu kabul edilmeli ve bu nedenle imza itirazından dolayı %20'den az olmamak üzere tazminata hükmedilmelidir.

Y. 12. HD, E. 2015/29460, K. 2015/30802, T. 08.12.2015

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki taraflarca istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Alacaklının temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Tarafların iddia ve savunmalarına, dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere ve kararın gerekçesine göre alacaklının temyiz itirazlarının REDDİNE;

2-Borçlunun temyiz itirazlarına gelince;

Alacaklı tarafından üç adet bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla başlatılan takibe karşı borçlunun, imza itirazında bulunarak takibin iptali istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, itirazın kabulü ile takibin durdurulmasına, tazminat talebinin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

İİK'nın 170/son maddesi hükmüne göre; "İcra mahkemesi, itirazın kabulüne karar vermesi halinde, senedi takibe koymada kötü niyeti veya

ağır kusuru bulunduğu takdirde alacaklıyı, senede dayanan takip konusu alacağın %20'sinden aşağı olmamak üzere tazminata ve alacağın %10'u oranında para cezasına mahkum eder..."

Somut olayda, lehtar borçlu...'nin cirosunu, alacaklı Vakıfbank'ın cirosu takip etmektedir. Bu durumda takip yapan alacaklı bankanın, borçlunun imzasının aidiyetini bilebilecek durumda olması nedeniyle, İİK'nın 170/son maddesi gereğince, senedi takibe koymada en azından ağır kusurlu olduğunun kabulü gerekir.

O halde mahkemece, yukarıda anılan yasa hükmü uyarınca, muteriz borçlu lehine, asıl alacağın %20'sinden aşağı olmamak üzere tazminata ve % 10 oranında para cezasına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda (2) nolu bentte yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 08.12.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÇEK BORÇLUSU • ŞAHSİ SAVUNMALAR

ÖZET: Çek borcu sebebiyle kendisine başvurulan kişi önceki hamillere karşı ileri sürebileceği şahsi savunmlarını çek hamiline karşı ileri süremez.

Y. 12. HD. E. 2015/19765, K. 2015/22322, T. 29.9.2016

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından dört adet çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine başlandığı, örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği üzerine borçlunun yasal sürede icra mahkemesine yaptığı başvuruda, takip dayanağı çeklerden ... numaralı 30.06.2014 günlü 45.885,50 TL'lik çek karşılığında borçlu şirket tarafından 38.850,00 TL

çek bedelini kısmen ödediğini ileri sürerek banka dekontları ve hesap ekstresi ibraz edip takibin kısmen iptalini talep ettiği anlaşılmıştır.

İtiraz tarihi itibariyle uygulanması gereken 6102 Sayılı TTK.'nun 818. maddesi göndermesi ile çekler hakkında da uygulanması gerekli olan aynı kanunun 687. maddesi gereğince, çeklerden dolayı kendisine müracaat edilen kimse önceki hamillerden birisiyle kendisi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan şahsi def'ilerini yetkili hamile karşı ileri süremez. Ancak, hamilin çeki iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket ettiğinin takip hukuku açısından geçerli yazılı bir belge ile kanıtlanması halinde anılan def'iler yetkili hamile karşı da ileri sürülebilir.

Somut olayda, takip dayanağı çekin incelenmesinde, muteriz borçlunun keşideci, lehtarın ise ... olduğu ve lehtarın cirosu ile çekleri devralan alacaklı ...'nin yetkili hamil sıfatı taşıdığı, ... şirketinin de çekteki cirosunun iptal edildiği görülmüştür.

Borçlunun ibraz ettiği banka dekontları ve hesap ekstresinde alıcı olarak ödemeler ... şirketine yapılmıştır. Üçüncü kişiye yapılan ödemeler, alacaklıya karşı ileri sürülemez. Alacaklıya ödeme yapıldığı iddiası ispat edilememiştir.

Bu durumda, borçlu icra mahkemesine başvurusunda TTK.'nun 687. maddesinde belirtildiği gibi alacaklı hamilin çeki iktisap ederken bile bile zararına hareket ettiğini iddia ve ispat etmediğine göre mahkemece itirazın reddi yerine kabulü ile takibin kısmen iptaline karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29.09.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ALACAKLI SIFATI • TAKİBİN İPTALİ

ÖZET: İbrazdan sonra icra takibini yapan alacaklıya yapılmış ve alacağın temliki hükümlerini doğuracak bir ciro bulunmadığından takibin iptaline karar verilmelidir.

Y. 12 HD. E. 2015/21155, K. 2015/31522, T. 14.12.2015

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine başlandığı, borçlu ...'a ödeme emrinin 27/01/2015 tarihinde tebliğ edildiği keşideci borçlunun, takip konusu çekin kesinleşen mahkeme kararı ile iptal edildiğini ve diğer itiraz nedenlerini belirterek borca itiraz ettiği, mahkemece, takip dayanağı çekin iptal edilmiş olduğu gerekçesi ile takibin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.

Borçlunun hasımsız olarak açtığı çek iptali davası sonucu İstanbul ...Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 18.12.2014 gün ve 2014/749 E.-2014/657 K. sayılı kararı ile takip dayanağı çekin zayi nedeniyle iptaline karar verilmiştir. Bu karar tespit niteliğinde bir karardır. Ayrıca, hasımsız olarak hüküm kurulduğundan davada taraf olmayan iyi niyetli üçüncü kişileri bağlamaz. Bu husus, ticari senetlerin güvenli tedavül etmesinin de tabii sonucudur. Bu nedenle mahkemece çek iptal kararına dayanılarak hüküm tesisi isabetsizdir. Ancak İİK.'unun 170/a maddesi uyarınca süresinde yapılan bir itiraz ya da şikayet üzerine hakim tarafından takip dayanağı çekin kambiyo vasfında olup olmadığı ve alacaklının kambiyo hukukuna göre takip hakkı olup olmadığı hususunun re'sen dikkate alınması gerekir.

TTK'nın 702. maddesinde; "Cirosu kabil bir çeki elinde bulunduran kimse son ciro beyaz ciro olsa bile kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşıldığı taktirde selahiyetli hamil sayılır. Çizilmiş cirolar bu hususta yazılmamış hükmündedir. Bir beyaz ciroyu diğer bir ciro takip ederse bu son ciroyu imzalayan kimse çeki beyaz ciro ile iktisap etmiş sayılır" düzenlemesi getirilmiştir.

Öte yandan Hukuk Genel Kurulu'nun 24.4.1996 tarih 1996/12-136 E., 1996/288 karar sayılı ilamında da vurgulandığı üzere, hamiline yazılı çeklerde takip alacaklısının ciro silsilesi içerisinde yer almaması halinde ve bankaya ibraz için ciro edenin de son hamil olduğunun belirlenmesi durumunda takip alacaklısının yetkili hamil olabilmesi için ibrazdan sonra adı geçene (temlik hükmünde de olsa) bir cironun varlığı zorunludur.

Somut olayda, takip dayanağı çekin incelenmesinde, lehtarın cirosu ile ... devredildiği, ...tarafından muhataba vekaleten ibraz edildiği, ibrazdan sonra son hamil ...'nın herhangi bir ciro olmaksızın alacaklı ...'in cirosunun yer aldığı görülmüştür. Bu durumda ibrazdan sonra takip yapan alacaklıya yapılmış bir ciro bulunmadığından ...'in kambiyo hukukuna göre takip hakkı mevcut değildir.

O halde ibrazdan sonra icra takibini yapan alacaklıya yapılmış ve alacağın temliki hükümlerini doğuracak bir ciro bulunmadığından mahkemece İİK.170 /a maddesi uyarınca takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, çek iptal kararına dayalı olarak takibin iptaline karar verilmesi isabetsiz ise de, karar sonucu itibarıyla doğru olduğundan onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının reddi ile sonucu doğru mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366. ve HUMK'nun 438. maddeleri uyarınca **(ONANMASINA),** alınması gereken 27,70 TL temyiz harcından, evvelce alınan harç varsa mahsubu ile eksik harcın temyiz edenden tahsiline, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 14.12.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TEMİNAT SENEDİ • YETKİLİ HAMİL

ÖZET: Senedi ciro yoluyla devralan yetkili hamile karşı senedin teminat senedi oludğu ileri sürülemez.*

Y. 12 HD. E. 2015/22387, K. 2015/32391, T. 22.12.2015

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki taraflarca istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahal-

* Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 22.12.2015 T. 2015(22011 - 32473 sayılı Kararı da aynı doğrultudadır.

linden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ...tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

1-Borçlunun temyiz isteminin incelenmesinde;

Temyiz isteminde bulunan borçlunun temyiz dilekçesinin temyiz defterine kaydedilmediği gibi, temyiz harcı da yatırılmadığından temyiz isteminin (REDDİNE),

2-Alacaklının temyiz isteminin incelenmesinde;

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine başlandığı, örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği üzerine keşideci borçlunun icra mahkemesine başvurusunda, sair itirazları ile birlikte bononun kendileri ile lehtar arasında düzenlenen 03.05.2010 tarihli sözleşmeye binaen teminat olarak verildiğini, bononun teminat senedi olduğunu belirterek itirazda bulunduğu, mahkemece itirazın kabulüne karar verildiği anlaşılmıştır.

Takip dayanağı bononun incelenmesinde, keşidecisinin borçlu ..., lehtarının ... olduğu, lehdarın cirosu ile senedi alan alacaklı ...'in yetkili hamil olduğu, senet üzerinde teminat ibaresinin bulunmadığı görülmüştür.

Takip dayanağı senedin teminat senedi olduğu iddiasının, hangi ilişkinin teminatı olduğu senet üzerine yazılmak suretiyle ya da yazılı bir belge ile ispatlanması gerekir (HGK'nun 14.03.2001 tarih, 2001/12-233 E, 2001/257 K. sayılı ve yine HGK'nun 20.06.2001 tarih, 2001/12-496 E. sayılı kararları).

Takip dayanağı bononun tanzim tarihi itibariyle uygulanması gereken 6762 sayılı TTK'nın 690. maddesi göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanun'un 599/1. maddesi gereğince, kural olarak, bonodan dolayı kendisine müracaat olunan kimse keşideci veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan def'ileri müracaatta bulunan hamile karşı ileri süremez. Bu kuralın istisnası da aynı fıkrada düzenlenmiştir. Buna göre, hamil, bonoyu iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş ise, borçlu, keşideci veya önceki hamillerle arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan def'ileri müracaatta bulunan hamile karşı da ileri sürebilecektir.

Mahkemece, her ne kadar alacaklı ...'in Has Mozaik isimli iş yerinde çalışıp muvazalı olarak senedi ciro yolu ile aldığını, teminat senedi iddiasının ciro yolu ile teslim alana ileri sürülmesinin mümkün olduğunu, takip dayanağı senedin, keşideci borçlu şirket ile

lehtar arasında yapılan sözleşme kapsamında verilmiş teminat senedi olduğunu kabul ederek itirazın kabulüne karar vermiş ise de, sunulan protokolde takip alacaklısı ... taraf olmadığı gibi, anılan sözleşmede takibe konu senede atıf bulunmadığı, alacaklı tarafın senedin teminat senedi olduğu yönünde kabulünün bulunmadığı, dosya kapsamı itibariyle alacaklının kötü niyetli olduğunun ispat edilemediği görülmektedir.

Bu durumda; mahkemece, TTK'nın 599. maddesi hükmü gereği borçlunun, senedin teminat olarak verildiği yönündeki iddiasını, senedi ciro yoluyla devralan yetkili hamile (takip alacaklısına) karşı ileri süremeyeceği hususu nazara alınıp teminat senedi olduğuna yönelik itirazın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda (2) nolu bentte yazılı nedenlerle İİK'nın 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 22/12/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÇEKTE CİRO • DÜZENLEYENE YAPILAN CİRO

ÖZET: Bir çekin düzenleyene ciro edilmesi ve onun tarafından tekrar tedavüle sürülmesi mümkündür.

Y. 12 HD. E. 2015/21955, K. 2015/32634, T. 23.12.2015

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki taraflarca istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Alacaklı tarafından çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine başlanıldığı, örnek 10 numaralı ödeme emri tebliği üzerine, borçlu ....nin icra mahkemesine yaptığı başvuruda, keşidecisinin çeki geriye dönüş cirosu ile kendisinden aldığını ve takip alacaklısına ciro ettiğini ve alacaklının keşideciden önceki cirantalara başvurma hakkının bulunmadığını ileri sürerek, takibin iptalini istediği, mahkemece çekin ciro silsilesinde bir usulsüzlük bulunmadığı gerekçesiyle talebin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

Somut olayda, takip dayanağı çekin, düzenleyen ... tarafından ...lehine düzenlendiği, onun cirosu ile borçlu ... ye ve adı geçenin cirosu ile düzenleyene geçtiği ve düzenleyenin cirosu ile çeki alan ... tarafından takip başlatıldığı görülmüştür.

... nun 788/3. maddesi gereğince çekin düzenleyene ciro edilmesi ve onun tarafından yeniden tedavüle sürülmesi mümkündür. Ancak bu şekilde düzenleyenin cirosundan sonra çeki ciro yoluyla devralan hamilin düzenleyenin sorumlu olduğu kişiye karşı başvurması mümkün değildir. Zira geriye dönüş cirosuyla çeki devralan düzenleyenin durumu, çeki devretmeden önceki durumda olup çeki düzenleyenden ciro ile alan alacaklının düzenleyenden önceki cirantaya başvurma imkanı yoktur.

O halde, mahkemece, şikayetin kabulü ile İİK'nın 170/a maddesi uyarınca takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** bozma sebebine göre alacaklının temyiz itirazlarının reddine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 23/12/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TEMİNAT SENEDİ • TAKİBİN İPTALİ

ÖZET: Senedin arka yüzünde teminat senedi olduğu belirtildiğinden, kayıtsız şartsız bir borç ödeme vaadi olmadığı için kambiyo senedinin varlığından söz edilemeyecektir. Bu durumda takibin iptaline karar verilmelidir.

Y. 12 HD. E. 2015/29924, K. 2015/32822, T. 24.12.2015

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının onanmasını mutazammın 10.09.2015 tarih ve 2015/8962-20562 Karar sayılı daire ilamının müddeti içinde tashihen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Sair karar düzeltme itirazları yerinde değil ise de;

İİK'nın 170/a-2 maddesine göre; İcra mahkemesinin müddetinde yapılan şikayet ve itiraz dolayısıyla, usulüne uygun olarak kendisine intikal eden işlerde takibin dayanağı olan kambiyo senedinin bu vasfı haiz olmadığı veya alacaklının kambiyo hukuku mucibince takip hakkına sahip bulunmadığı hususlarını re'sen nazara alarak bu fasıla göre yapılan takibi iptal edebilir.

Takip konusu senet fotokopisinin arka yüzünde, "İş bu senet ... ile ...arasında sözleşme gereği düzenlenmiş olup, kimseye ciro etmemesi şartıyla sadece kendisine ödenmek üzere teminat amaçlı bir senettir." ibarelerinin yer aldığı görülmektedir. Mevcut duruma göre, senet tanzim tarihinde yürürlükte bulunan mülga 6762 Sayılı Kanunun 688/2. maddesine (6102 Sayılı TTK'nın 776/1-b maddesine) göre "kayıtsız şartsız muayyen bir bedeli ödeme vaadi" unsurunu taşımadığı, alacağın varlığı ve miktarının yargılamayı gerektirdiği açıktır. Diğer taraftan senet lehdarı olan takip yapan alacaklının senedi bu suretle iktisap ve senede bu şekli ile hamil olması nedeni ile bu kayıtları bilerek senedi aldığının kabulü gerekeceğinden senet arkasında yer alan hususların tarafların imzasını taşımaması sonuca etkili değildir.

Hal böyle olunca, söz konusu senet bono vasfında olmadığından bu senede dayalı kambiyo senetlerine özgü takip yapılamaz. Senet keşidecisi olan borçlu, itiraz dilekçesinde imza itirazı ile birlikte takibin İİK'nın 170/a maddesi gereğince iptalini de istediğine göre mahkemece anılan madde gereğince re'sen takibin iptaline karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile imzaya itiraz kabul edilerek takibin durdurulmasına karar verilmesi isabetsiz ise de, temyiz edenin sıfatına göre bu husus bozma nedeni yapılmamıştır.

Ancak, bu durumda iptalin dayanağı İİK'nın 170/a maddesi olacağından ve bu maddede tazminat öngörülmediğinden alacaklının %20 tazminat ile sorumlu tutulması isabetsiz ve hükmün bu nedenle bozulması gerekir ise de, yapılan bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden mahkeme kararının düzeltilerek onanması gerekirken Dairemizce onandığı anlaşılmakla alacaklının karar düzeltme isteminin kısmen kabulüne karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ

Alacaklının karar düzeltme isteminin kısmen kabulü ile ....İcra Mahkemesi'nin 15.01.2015 tarih ve 2014/243 Esas, 2015/20 Karar sayılı kararının hüküm bölümünün 3. paragrafında yer alan tazminat ile ilgili "Dava-

lının %20 icra inkar tazminatına mahkumiyetine," cümlesinin tamamının silinerek karar metninden çıkarılmasına, kararın düzeltilmiş bu şekliyle İİK'nın 366. ve HUMK'un 438. maddeleri uyarınca **(ONANMASINA),** mahkeme kararı düzeltilerek onandığından harç alınmasına yer olmadığına, 24.12.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KENDİSİ ADINA BONO TANZİMİ

ÖZET: Bir kimse kendisini lehdar göstererek kendi adına bono düzenleyemez.

Y. 12 HD. E. 2015/28023, K. 2016/4621, T. 22.2.2016

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlular tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ..... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Alacaklı tarafından borçlu aleyhine bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip başlatıldığı, borçluların şikayet yoluyla icra mahkemesine yaptıkları başvuruda, takip dayanağı bononun keşideci ve lehtarının aynı kişi olduğunu, kambiyo senedi vasfına haiz olmadığını belirterek takibin iptalini talep ettikleri, mahkemece, bononun lehtarı ve keşidecisinin farkli kişiler olduğunu gerekçesi ile istemin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 778.maddesi 673. maddesine atıf yapmadığından, bir kimse poliçelerde olduğu gibi kendi emrine bono tanzim edemez, diğer bir anlatımla bonoyu tanzim eden, kendisini lehtar göstererek bono düzenleyemez. Dolayısıyla bir kimse poliçede olduğu gibi kendi emrine bono tanzim edemez. Zira, poliçedeki keşideci ile bonodaki keşideci aynı konumda olmayıp; poliçede kabul eden muhatap, bonodaki keşideci durumundadır.

Somut olayda; takip dayanağı senedin keşidecisinin borçlu ... olduğu, lehtarının ise "... İnş. Taah ve Tic." olduğu, senet arkasında lehtar adına yapılan ciroda "... İnşaat Taahhüt ve Ticaret" ibaresinin olduğu, senedin lehtar kısmında yer alan ibarenin, keşideci ...'dan ayrı bir tüzel kişilik olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, takip dayanağı senedin keşidecisi ve lehtarı aynı kişi olup, senette alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmiştir.

O halde, mahkemece, takip dayanağı senedin kambiyo senedi vasfına haiz olmadığı gerekçesi ile takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçluların temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 22/02/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SENET BORÇLUSU • İYİNİYETLİ HAMİL • ŞAHSİ DEFİLER

ÖZET: Senedin borçlusu lehdara ve cirantalara karşı ileri sürebileceği şahsi defilerini iyiniyetli hamile karşı ileri süremez.

Y. 12. HD. E. 2015/24805, K. 2016/1093, T. 18.1.2016

1) Borçlunun temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Tarafların iddia ve savunmalarına, dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere ve kararın gerekçesine göre borçlunun temyiz itirazlarının REDDİNE;

2) Alacaklının temyiz itirazlarının incelenmesinde;

İki adet bonoya dayalı kambiyo takibinde keşideci borçlu şirketin, takibe dayanak bonoların alacaklı hamile lehtar tarafından tahsil cirosu ile verildiğini, lehtar ...Elektrik Aydınlatma San. Tic. Ltd. Şti'ne borcun ödendiğini ve lehtara karşı ileri süreceği defileri tahsil cirosuyla bonoları devralan hamile karşı da ileri sürebileceğini, kendisine protesto çekilmeden takip yapıldığını beyanla borca, işlemiş faiz miktarına ve takipten sonra uygulanacak faiz oranına itiraz ederek takibin iptalini talep ettiği, mahkemece istemin kısmen kabulü ile takibin anapara ve işlemiş faiz kalemleri yönüyle icrasının geri bırakılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır..

Takibe konu bonoların TTK hükümlerine uygun olarak şekli unsurları taşıdığı, keşidecilerinin... Müh. Elektrik Elektronik İnş. Gıda San. Tic. Ltd. Şti., lehtarının ... Elektrik Aydınlatma San. Tic. Ltd. Şti. olduğu, alacaklının ise bonoları temlik cirosu ile devralan... Bankası A.Ş. olduğu ve dolayısıyla yetkili hamil olduğu görülmektedir. Her ne kadar Mahkemece, alacaklı hamil.... Bankası A.Ş'nin kaşesi üzerinde mevcut "Emrine

ödeyiniz. Bedeli tahsil içindir" ibaresi bonoların tahsil cirosu ile devralındığı şeklinde değerlendirilmişse de, mevcut ibare alacaklı bankanın takas odası gibi ilgili birimlerine senetlerin gönderilmesi amacıyla konulmuş bir ibare olup, senetler tahsil cirosu ile değil, temlik cirosu ile alınmıştır.

TTK'nın 687. maddesi gereğince, keşideci borçlu, lehtara ve cirantalara karşı ileri sürebileceği şahsi def'ilerini, iyiniyetli hamile karşı ileri süremez.

Somut olayda da, borçlu her ne kadar lehtar .. Elektrik Aydınlatma San. Tic. Ltd. Şti'ne borcu ödemesinden ötürü borçlu olmadığını belirtmişse de, bu şahsi defi bonoları temlik cirosu ile devralan alacaklı iyiniyetli hamil bankaya karşı ileri sürülemez.

O halde mahkemece, yukarıda belirtilen nedenlerle keşideci borçlunun lehtara ileri sürebileceği şahsi def'ilerini, iyiniyetli hamile karşı ileri süremeyeceği hususu göz önüne alınarak borçlu keşidecinin protesto çekilmediğine, işlemiş faize ve faiz oranlarına ilişkin sair itirazları incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda (2) nolu bentte yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 18.01.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SENET ÜZERİNDEKİ DEĞİŞİKLİKLER

ÖZET: Senet üzerinde paraf atılarak yapılan değişiklikler geçerli olup, senedin kambiyo senedi niteliğinin bulunmadağından söz edilemez.

Y. 12 HD. E. 2015/18211, K. 2016/701, T. 13.1.2016

Takip dayanağı çekte ciro yoluyla yetkili hamil olan alacaklı ...'in kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla, keşideci, lehtar ve diğer cirantalar aleyhine takip başlattığı ve .... Noterliği'nce düzenlenen 14.03.2013 gün ve 4180 Yevmiye nolu Temlikname ile alacağın.... isimli şahsa temlik edil-

diği, takibe karşı, 2. ciranta ...'in, çekin, kendisinden bedeli ödenmeksizin iade alınmasından sonra, keşide tarihinde ve bedeli üzerinde tahrifat yapıldığını, tahrifattan sonra bankaya ibraz edilen çekin kambiyo vasfını haiz olmadığını ileri sürürek icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, ... Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından alınan ve çekte, keşideci tarihinin aylar hanesinde ve bedel kısmında tahrifat olduğu kanaatini içeren ekspertiz raporu esas alınarak, borçlu yönünden takibin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.

HMK'nın 207. maddesi hükmü gereğince; senetteki düzeltmelerin borçlu (keşideci) tarafından onanması (paraf veya imza edilmesi) gereklidir. Yani, senette mevcut olan çıkıntı, kazıntı veya silinti ayrıca onanmamışsa, inkâr halinde göz önünde tutulmaz. Bu nedenle senet üzerinde yapılan değişikliklerin, geçerli olabilmesi için, düzenleyen tarafından imza veya paraf edilmek suretiyle onanması gerekir. Değişiklik yanında bulunan imzaya veya parafa itiraz halinde ise, mahkemece, yöntemince imza incelemesi yapılmalıdır. Değişikliğin onaylı olmaması veya değişiklik yanındaki imzanın keşideciye ait olmadığının anlaşılması halinde, düzeltme yok hükmünde olup, senedin düzeltme öncesi durumuna göre değerlendirme yapılır. Borçlu tarafından değişiklik yanındaki imzaya (parafa) itiraz edilmesi ve bu itirazın sabit olması halinde, çekin TTK.'nun 796. ve 808. maddelerinde öngörülen yasal süreden sonra ibraz edildiği anlaşılırsa, mahkemece, İİK'nın 170/a-2. maddesi uyarınca takibin iptaline karar verilebilecektir.

Somut olayda, takip dayanağı çekin keşide tarihindeki ay hanesinin ikinci rakamı "4" iken "6" olarak değiştirildiği ve bedel kısmındaki yazıyla "onbinsekizyüz" olan miktarın başına "yüz" getirilerek "yüzonbinsekizyüz" olarak ve rakamla "10.800" iken "110.800" olarak değiştirildiği ve yapılan bu keşide tarihi ve bedel değişikliğine dair her iki düzeltmenin yanında da parafın bulunduğu ve keşideci tarafından atılmadığının iddia edilmediği, çekin keşide tarihine göre süresinde muhatap bankaya ibraz edildiği, ciro silsilesinin düzgün olduğu, şikayetçinin iddialarını usulünce kanıtlayamadığı, keşideci şirket yetkilisi ....tarafından yapıldığı kabul edilen keşide tarihindeki ve bedeldeki değişikliğe dair imzaya (parafa), bir itirazda bulunulmadığına göre, yapılan bu değişikliklerin geçerli olduğunun kabulü gerekir.

O halde mahkemece açıklanan nedenlerle istemin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 13.01.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ADİ ORTAKLIK • BONO • KAMBİYO SENEDİ

ÖZET: Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığın lehdar olarak gösterildiği bononun kambiyo senedi niteliği yoktur.

Y. 12 HD. E. 2015/25618, K. 2016/2691, T. 29.1.2016

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi.... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla başlatılan takibe karşı borçlunun, bononun teminat bonosu olduğundan bahisle borca itirazda bulunarak takibin durdurulması ve iptali istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

TTK'nın 776/1-e maddesi gereğince bonoda lehtarın ad ve soyadının yazılı olması zorunludur. Lehtar, gerçek veya tüzel kişi olarak bonoda gösterilmez ise dayanak belge bono olarak kabul edilemeyeceğinden, TTK'nın 776/1-e maddesinde öngörülen koşulları taşımayan bu belge nedeniyle borçlu hakkında kambiyo senetlerine özgü yolla takip yapılması mümkün değildir.

Yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre, lehtarın ünvanının eksik olarak bonoda ifade edilmesi ve lehtarın hükmi şahsiyetinin bulunduğunun ciro şerhinden anlaşılması halinde, yukarıda açıklanan kuralın tamamlanmış olduğunun kabulü gerekir. Bu ilke Hukuk Genel Kurulu'nun 14.03.2001 tarih ve 2001/11-199 Esas, 2011/244 sayılı kararında da vurgulanmıştır.

Somut olayda, takip dayanağı 07.05.2014 tanzim ve 15.08.2014 vade

tarihli bononun incelenmesinde senedin lehtar hanesinde "..." ibaresinin yazılı olduğu ve ilk cironun da "..." tarafından yapıldığı görülmektedir.

Bu durumda; borçlu şirketin adi şirket olması sebebiyle tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Tüzel kişiliği olmayan, bu nedenle hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesine olanak bulunmayan adi şirket lehine düzenlenmiş senedin, kambiyo senedi vasfı bulunmamaktadır ve bu belge ile kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapılamayacaktır. İİK'nın 170/a-2. maddesi gereğince, icra mahkemesince alacaklının kambiyo hukuku mucibince takip hakkının bulunup bulunmadığı re'sen araştırılmak zorundadır.

O halde, mahkemece, bu husus re'sen gözetilerek İİK'nın 170/a maddesi uyarınca itiraz eden borçlu yönünden takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29.01.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

CİRO SİLSİLESİ • YETKİLİ HAMİL

ÖZET: Ciro silsilesine göre birbirini izleyen muntazam cirolara göre çeki eline geçirmiş olan kişi yetkili hamil sayılır.

Y. 12. HD. E. 2015/27798, K. 2016/5215, T. 24.2.2016

Alacaklı tarafından, borçlu aleyhine başlatılan kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte, borçlu vekilinin yasal süresi içinde icra mahkemesine yaptığı başvuru ile, alacaklının çekin muhatap bankaya ibrazından önce ciro silsilesi içinde yer almadığı ve ibrazın müvekkili tarafından yapıldığı, ibrazdan sonra müvekkilinin cirosu olmaksızın, kendisinden önceki ciranta.... Lojistik İnşaat Ltd. Şti. tarafından alacaklıya yapılan cironun geçerli bir ciro olmadığı iddası ile alacaklının yetkili hamil olmadığından bahisle takibin iptalini talep ettiği, mahkemece alacaklı yetkili hamil kabul edilerek istemin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

TTK'nın 702.maddesinde; "Cirosu kabil bir çeki elinde bulunduran kimse son ciro beyaz ciro olsa bile kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşıldığı taktirde selahiyetli hamil sayılır. Çizilmiş cirolar bu hususta yazılmamış hükmündedir. Bir beyaz ciroyu diğer bir ciro takip ederse bu son ciroyu imzalayan kimse çeki beyaz ciro ile iktisap etmiş sayılır." düzenlemesi getirilmiştir.

Öte yandan, somut olayda; takip alacaklısı ...'ın ibraz anında takibe konusu çekte ciro silsilesi içerisinde yer almadığı çek fotokopisinden anlaşılmaktadır. Çeki ibraz eden ... olup bu şahsın ibrazdan sonra takibi yapan hamil ... lehine bir cirosu bulunmamaktadır. Hukuk Genel Kurulu'nun 24.04.1996 tarihli 1996/12-136 E. 1996/288 K. sayılı kararında da açıklandığı gibi, takip alacaklısının ciro silsilesi içerisinde yer almaması halinde ve bankaya ibraz için ciro edenin de son hamil olduğunun belirlenmesi durumunda takip alacaklısının yetkili hamil olabilmesi için ibrazdan sonra adı geçene (temlik hükmünde de olsa) bir cironun varlığı zorunludur.

Öyleyse; ibrazdan sonra çekin ciro edilmesi mümkündür. Ancak bunun için ibrazdan önceki son cirantanın, ibrazdan sonra cirosunun bulunması zorunludur.

Somut olayda ibrazdan önce son ciro ...'a ait olup, ibrazdan sonra ... tarafından yapılmış bir ciro olmadığından takip alacaklısı, yetkili hamil değildir.

O halde, mahkemece, takip alacaklısı yetkili hamil olmadığından İİK'nın 170/a-2. maddesi gereğince takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 24/02/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

CİRO SİLSİLESİ • KÖTÜNİYETLİ HAMİL

ÖZET: Ciro silsilesinde arada başka bir ciro olup, bu durumda çek hamili alacaklının borçlu ile direk ilişkisi olmadığından kötüniyetle takip yaptığından söz edilemez.

Y. 12. HD. E. 2015/27825, K. 2016/5197, T.24.02.2016

İİK'nın 170/3.maddesine göre icra mahkemesi aynı kanunun 68/a maddesine göre yapacağı inceleme sonunda inkar edilen imzanın borçluya ait olmadığı kanaatine varırsa itirazın kabulü birlikte takibin durdurulmasına ve 4.fıkra uyarınca alacaklının senedi takibe koymada kötü niyeti veya ağır kusuru bulunduğu takdirde, borçlu yararına takip konusu alacağın %20'sinden aşağı olmamak üzere tazminata ve alacağın %10'u oranında para cezasına karar verir.

Somut olayda, takip dayanağı çek ciranta ..... adi ortaklığının cirosu ile ciranta...'a, onun da cirosu ile icra takibini yapan alacaklıya intikal etmiş olup hamil olan alacaklının, arada ciro bulunması nedeniyle ciranta borçlu ile doğrudan ilişki içinde bulunmadığının kabulü zorunludur. Bu durumda adı geçenin çeki takibe koymada ne surette kötü niyetli veya ağır kusurlu olduğu kanıtlanmadan tazminat ve para cezası ile sorumlu tutulması isabetsiz olup, kararın bu nedenle bozulması gerekir ise de, anılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile.... İcra Hukuk Mahkemesi'nin 07.07.2015 gün ve 2014/609 E.-2015/350 K. sayılı kararının ikinci paragrafında yer alan "İİK'nın 170/4. maddesi gereğince asıl alacağın %20 'si oranında kötü niyet tazminatının davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine" ve üçüncü paragrafında yer alan "İİK'nın 170/4. maddesi gereğince asıl alacağın %10'u oranında para cezasının davalıdan tahsili ile hâzineye gelir kaydına" şeklindeki cümlenin tamamının karar metninden çıkartılmasına, kararın düzeltilmiş bu şekliyle İİK'nın 366. ve HUMK'un 438. maddeleri uyarınca **(ONANMASINA)** mahkeme kararı düzeltilerek onandığından harç alınmasına yer olmadığına, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 24.02.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÇEKTE CİRO • GERİYE DOĞRU CİRO

ÖZET: Geriye doğru ciro yoluyla çeki devralan ciranta çeki devretmeden önceki durumuna döner ve bu şekilde kimlere başvurma hakkı varsa onlara karşı takip yapabilir.

Y. 12 HD. E. 2015/29976, K. 2016/6405, T. 07.03.2016

Takip dayanağı çek,... Filmcilik … Ltd. Şti. tarafından lehdar... Restoran Bar … Ltd. Şti.'ye keşide edilmiş olup, ciro sıralamasının incelenmesinde, adı geçen lehdarın cirosu ile muteriz borçlu ...'e ve onun cirosu ile tekrar lehdara geçtiği, sonrasında Vakıfbank'a ciro edildikten sonra muhatap bankaya ibraz edildiği, karşılığının çıkmaması üzerine Vakıfbank tarafından takibe konulduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklanan ciro sıralamasına göre; borçlu ...'e karşı müracaat sorumlusu durumunda olan lehdarın çeki geriye ciro yoluyla alması ve başkalarına ciro etmesi mümkün ise de, bu şekilde çeki ciro yolu ile devraldıktan sonra gerek kendisinin gerekse çeki ciro yoluyla devrettiği diğer cirantaların lehdarın sorumlu olduğu kimselere müracaat borçlusu olarak başvurması mümkün değildir. Zira, geriye ciro yoluyla çeki devralan ciranta (ve kendisinin ciro ettiği diğer cirantalar), çeki devretmeden önceki durumuna döner ve bu şekilde kimlere başvurma hakkı varsa ancak onlara karşı takip yapma imkanına kavuşur.

O halde, mahkemece, muteriz borçlu ... hakkındaki takibin İİK'nın 170/a maddesi gereğince re'sen iptaline karar verilmesi gerekirken, imza itirazının reddine hükmedilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 07.03.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

SÖZLEŞME DIŞI İŞLER • KDV BORCU

ÖZET: Sözleşme dışı yapılan imalatların değeri vekaletsiz iş idaresi kurallarına göre belirlenmelidir. Aksine bir sözleşme yoksa, yükleniciye ödenecek olan bedele KDV dahildir.*

Y.15 HD. E. 2014/7213, K. 2015/3256, T. 10.06.2015

Davacı davasında davalı ile aralarında düzenlenen 17.10.2009 tarihli sözleşme ile davalıya ait binanın dekorasyon, tadilat, alüminyum giydirme imalatlarının yapımını 250.000,00 TL + KDV bedelle üstlendiğini, szleşme dışı imalatlar da yapmak suretiyle bitirdiğini, mahkemede yaptırdığı tespitte tüm yaptığı imalatların bedelinin 349.400,00 TL olarak belirlendiğini, kendisine 153.200,00 TL' dışında ödeme yapılmadığını belirterek bakiye 176.000,00 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, davalı savunmasında eksik tadilatların kiracı tarafından tamamlandığını, bunun için kiracıya 240.000,00 TL ödediğini açıklayarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece bilirkişi raporu esas alınarak davanın 119.193,86 TL üzerinden kabulüne karar verilmiştir.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda sözleşme bedelinin KDV dahil 295.000,00 TL olduğu, sözleşme kapsamındaki imalatlarda 65.000,00 TL eksik imalat bulunduğu, ayrıca sözleşme dışı 35.927,00 TL imalat yapıldığı bu bedele KDV eklenmesiyle sözleşme dışı imaltların bedelinin 42.393,86 TL olduğu açıklanmış, davacının alacağı 295.000,00 TL sözleşme bedelinden eksik imalat bedeli 65.000,00 TL'nin mahsubu ile kalan bedele 42.393,86 TL sözleşme dışı imalat bedeli eklenip 153.000,00 TL ödemenin mahsubu ile 119,193,86 TL hesaplanmıştır.

Taraflar arasında düzenlendiği ihtilafsız olan sözleşmede imalatın bedeli KDV dahil 295,000,00 TL olarak kararlaştırılmıştır. Bu haliyle sözleşmedeki bedel, sözleşme tarihi itibariyle uygulanması gereken 818 sayılı BK'nın 365. maddesinde tanımlanan götürü bedeldir. Davalının beyanlarına göre iş bedelinin tamamının ödenmediği anlaşılmaktadır. Götürü bedelli işlerde, yüklenicinin haketti ği iş bedelinin saptanması ya da iş sahibinin ödemesinin fazla olup olmadığının belirlenmesi için gerçekleştirilen

* Gönderen: Av. Reşit HALİS

imalatın eksik ve kusurlar da dikkate alınarak tüm işe oranının tespiti, bulunacak bu oranın toplam iş bedeline uygulanarak hak edilen bedelin saptanması ve bulunacak bu rakamdan kanıtlanan ödemeler düşülerek hesaplanması gerekmektedir. Diğer taraftan sözleşme dışı yapılan imalatların bedellerinin de yine 818 sayılı BK'nın 410 ve devamı maddelerine göre yapıldığı yıl piyasa rayiçlerine göre bedellerinin belirlenmesi gerekir. Dairemizin yerleşmiş uygulamalarına göre belirlenecek bu bedelin içerisinde KDV'nin dahil oludğu kabul edilmektedir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporundaki hesaplamalar açıklanan ilkeye uygun olmadığından yapılacak iş, bilirkişiden alınacak ek rapor ile sözleşme kapsamındaki imalatlarla ilgili olarak yukarıda açıklanan şekilde oranlama yapılarak ve sözleşme dışı imalatların bedellerinin de 35.927,00 TL olarak kabul edilmek suretiyle davacı alacağının hesaplanmasından ibarettir. Açıklanan bu gerekçe ile kararın bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle kararın temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA,** ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunabileceğine 10.06.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

TACİRİN TACİR OLMAYAN KİŞİYE AÇTIĞI DAVA
•
TİCARİ DAVA

ÖZET: Davacı tacir ise de, davalılar tacir olmayıp taraflar arasındaki ilişki de ticari bir ilişki değildir. O halde, davaya Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılacaktır.* **

Y.17. HD E. 2014/22922, K. 2014/19329, T. 23.12.2014

Asliye Ticaret Mahkemesince, taraflar uyuşmazlığın ticari dava olmadığı gerekçesiyle görevsizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

Asliye Hukuk Mahkemesi ise; davanın her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1. maddesinde her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işlerinin ticari dava ve ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre bir uyuşmazlığın ticari nitelikte olabilmesi için, her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendirmesi yahut aynı maddenin alt bentlerinde düzenlenen istisnalardan birine dahil olması gerekmektedir.

Somut olayda uyuşmazlık, davacı şirketin, davalı gerçek kişilere ayrı ayrı verdiği vekaletnamelerle davacı şirkete acit çekici tırların dava dışı şirkete satıldığı ancak satış bedelinin ödenmediği iddiasıyla açtığı alacak istemine ilişkindir. Dava dilekçesi içeriği ve tüm dosya kapsamına göre, dava vekaletnamenin kötüye kullanılması ve sebepsiz zenginleşme iddiasına dayalı alacak davası niteliğinde olup, her ne kadar davacı tacir ise de davalıların gerçek kişi olmasına ve taraflar arasında ticari bir ilişkinin var olduğu hususunun kesin ve net olmamasına göre ticari dava niteliğinde bulunmayan davanın Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

---

* Gönderen: Av. Reşit HALİS

** Dergimizin 2016/III. Sayısında yayımlanan 16.9.2015 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına Bakınız.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 Sayılı HMK.'nın 21. ve 22. maddeleri gereğince Bakırköy 10. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE,** 23.12.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUNLUK
•
PAY ORANLARI

ÖZET: Baba yoksa destek gelirinden baba payı da anneye verilmelidir.

Y. 17. HD. E. 2014/5603, K.2016/885 T.25.01.2016

1- Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı..... vekili'nin tüm ve davalı ..... vekilinin ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı ve diğer maddi tazminat istemine ilişkindir.

Bir insanın ölümü hukukî anlamda bir zarar olmamakla beraber, bu yüzden yine de bazı zararlar meydana gelmiş olabilir. İşte BK'nın 45/II. maddesinin (6098 sayılı TBK m. 53) öngörmüş olduğu hal, ölüm sonucu vukua gelen bir kısım zararların tazminini hükme bağlamaktadır. Bu hükme göre,

ölenin yardımından faydalananlar, bu yüzden yoksun kaldıkları faydayı, tazminat olarak, sorumludan isteyebilirler. Buna "destekten yoksun (muinden mahrum) kalma tazminatı" denir. Yasa metninden de anlaşılacağı gibi destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan zarardır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettirilmesidir. Yani haksız bir eylem sonucu desteğini yitiren kimse BK'nın 45/II. maddesine dayanarak uğradığı zararın ödetilmesini isteyebilir.

Destekten yoksun kalma zararının hesabında, destekten yoksun kalanlara müteveffanın sağlığında sağlamış olduğu yardımın miktarı belirlenmelidir. Ölenin parasal veya bedensel destekliğinin derecesi ile bundan yoksun kalanların tazminat isteklerinin ölçüsü ya da hesaplama yöntemi konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Gerçek yardım miktarının yeterli delillerle ispat edilemediği durumlarda yargıç, takdir hakkını kullanarak yardım miktarını belirleyebilecektir. Bu belirlemede destek ile destek olunan kimse arasındaki yakınlığın derecesi, aralarındaki manevi bağ, davacıların yaşları, dahil oldukları sosyal ve ekonomik çevre, yaşam standartları, cinsiyetleri gibi bakım ilişkisine ve miktarına etkili olabilecek unsurlar da göz önünde bulundurulacaktır. Hayatın olağan akışı içinde, destek sayılan kimsenin baktığı kimselere gelirini belli paylara bölerek baktığı pek söylenemese de tazminat hesabında bir paylaştırma yapmak zorunlu hale gelmektedir.

Buna göre öncelikle gelirin tamamının, yardım görenlere tahsis olunmuş varsayılamayacağı, ölenin gelirinden bir bölümünü kendisine ayıracağı, bu tahsisten vazgeçilemeyeceği ve bu suretle yardımın (payların) geliri yutmaması ilkesi dikkate alınmalıdır. Ayrıca ölenin kendi geçim masraflarından artan miktarın tamamının (hiçbir tasarruf düşüncesine yer bırakmadan) destek görenlere dağıtılması da kabul olunamaz. Öte yandan, destek görecek kimselere ayrılacak miktar da, bunların ihtiyaçlarının toplamı kadar olmalıdır. Bunun dışında destekten yoksun kalanlardan bir kısmının davacı olup diğer kısmının davacı olmadığı durumda talepte bulunmayan destek görenlerin paylarının da hesaplamada gözönünde tutulması gerekmektedir.

Somut olayda, destekten yoksun kaldığını iddia eden davacı Meryem, müteveffanın annesi olup mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda müteveffanın sağlığında sağlamış olduğu yardımın miktarı tüm yaşam boyunca sabit 2/3 oranında desteklik payı olarak davacıya ayrılmıştır. Oysa, destek M. 38 yaşında bekar olarak vefat etmiş olup hayatın olağan akışına göre desteğin ileride evleneceği ve en az iki çocuk sahibi olacağı kabul edilerek, evleninceye kadar gelirinin yarısını desteğin kendi ihtiyaçları yarısını da anne için ayıracağı varsayılarak bu dönemde desteğe iki, baba olmadığından anneye iki pay vermek suretiyle desteğin tüm gelirine oranlandığında evlenmeden önceki dönem içinde anneye %50 pay verilmesi gerektiği, desteğin ileride evlenmesi ile birlikte desteğe iki eşe iki anneye baba olmaması nedeniyle iki pay, desteğin bir çocuğunun olması durumunda iki pay desteğe iki pay eşe baba olmaması nedeniyle iki pay anneye, daha sonra ikinci çocuğun doğacağı varsayılarak bu kez desteğe iki, eşe iki, çocukların her birine birer ve anneye baba olmaması nedeniyle iki pay vermek suretiyle, desteğin tüm gelirine oranlanarak des-

tek tazminatlarının varsayımsal hesabının yapılması gerekirken, desteğin davacı anneye yaşamı boyunca sabit ve yüksek bir oranda destek olacağı varsayımına göre hesaplama yapılması doğru olmayıp bu yönde bilirkişi raporunun hükme esas alınması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı ..... vekili'nin tüm ve ..... vekilinin ise sair temyiz itirazlarının reddine, 2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı ..... vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** 25/01/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUNLUK
•
RESMİ NİKAHSIZ EŞİN DURUMU

ÖZET: Desteklik tazminatı almak için resmi evlilik şartı yoktur. Tazminat talep eden ile desteğin eylemli ve sürekli karı-koca gibi birlikte yaşamaları, hayatlarını birleştirmeleri yeterlidir.

Y. 17. HD. E. 2014/10266, K. 2015/5025, T. 30.03.2015

Davacı vekili Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuru dilekçesinde özetle; davalıya trafik (....) sigortalı aracının davacının resmi nikah olmadan birlikte yaşadığı eşi ....'ya çarparak ölümüne sebebiyet verdiğini ileri sürerek, şimdilik 50.000,00 TL destekten yoksun kalma tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, talebin reddi gerektiğini savunmuştur.

Hakem Heyetince, iddia, savunma ve toplanan delillere göre; talebin reddine karar verilmiş, bu karara yönelik olarak davacı vekilinin itirazı İtiraz Hakem Heyeti'nin 17.3.2014 tarih ve 2014/İHK-159 sayılı kararıyla red edilmiş ve hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Destekten yoksun kalma tazminatı, BK'nın 45/II. maddesinde düzenlenmiş olup; "Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir" şeklinde hükme bağlanmıştır.

Görülmektedir ki, destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan zarardır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettirilmesidir.

Haksız bir eylem sonucu desteğini yitiren kimse BK'nın 45/II. maddesine dayanarak uğradığı zararın ödetilmesini isteyebilir. Ancak, destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmesi için öncelikle, ölen ile destekten yoksun kalan arasında maddi yönden düzenli ve eylemli bir yardımın varlığı gerekir.

Borçlar Kanunu'nun 45. maddesinde sözü geçen destek kavramı hukuksal bir ilişkiyi değil, eylemli bir durumu hedef tutar ve ne hısımlığa ne de yasanın nafaka hakkındaki hükümlerine dayanır; sadece eylemli ve düzenli olarak geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak şekilde yardım eden ve olayların olağan akışına göre eğer ölüm vuku bulmasaydı, az çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimse destek sayılır.

O halde, destek sayılabilmek için yardımın eylemli olması ve ölümden sonra da düzenli bir biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeterli görülür.

Bununla birlikte, destekten yoksun kalan kimse devamlı ve gerçek bir ihtiyaç içerisinde bulunmalıdır. Genel olarak bakım ihtiyacı, sosyal düzeye uygun olan yaşamın devamını sağlamak için gerekli olanaklardan yoksun kalmayı anlatır. Eğer ölenin eylemli olarak baktığı davacı, ölüm yüzünden bu bakımın sağladığı yaşama düzeyinin altına düşmüş olursa, ihtiyaç bulunma koşulu gerçekleşmiş sayılır. Burada önemli olan, destekten yoksun kalan kimsenin ve ailesinin temsil ettiği sosyal ve ekonomik düzeye göre normal karşılanan giderlerdir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.04.1982 gün, 979/4-1528 E., 1982/412 K. sayılı kararı).

Diğer taraftan, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.03.1978 tarih ve 1/3 sayılı kararının gerekçesinde de: "Destekten yoksun kalma tazminatının eylemin karşılığı olan bir ceza olmayıp, ölüm sonucu ölenin yardımından yoksun kalan kimsenin muhtaç duruma düşmesini önlemek ve yaşamının desteğin ölümünden önceki düzeyde tutulması amacına yönelik sosyal karakterde kendine özgü bir tazminat olduğu" hususu vurgulanmış; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.11.2005 gün ve 2005/4-648 E.-2005/691 K. sayılı ilamında da aynı esaslar benimsenmiştir.

Önemle vurgulanmalıdır ki, Borçlar Kanunu'nun 45/III. maddesine göre destekten yoksun kalma tazminatı, desteğin mirasçısı olarak geride bıraktığı kişilere değil, desteğinden yoksun kalanlarına aittir. Destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilecek kişiler, mirasçılardan başka kişiler de olabileceği hususunda da herhangi bir ihtilaf yoktur. Murisin trafik kazasından kaynaklanan bir sorumluluğu söz konusu olduğunda ve koşulları oluştuğunda mirasçıları bundan sorumlu olduğu halde, aynı olay nedeniyle destekten yoksun kalan ve fakat mirasçı olmayan kişiler bundan sorumlu değildir (HGK'nın 15.06.2011 gün ve 2011/17-142 E. - 411 K. sayılı ilamı).

Somut olayda; davacı vekili Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuru dilekçesinde davalıya trafik sigortalı aracının davacının resmi nikah olmadan birlikte yaşadığı eşi .....ya çarparak ölümüne sebebiyet verdiğini ileri sürerek destekten yoksun kalma tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.

Sigorta İtiraz Hakem Heyeti tarafından davacı ile müteveffa arasında desteklik ilişkisi kanıtlanamadığından talebin reddine karar verilmiş ise de; karar gerekçesinde de açıklandığı üzere, desteklik ilişkisi için resmi evlilik şartı bulunmayıp, tazminat talep eden ile desteğinin eylemli ve düzenli olarak karı-koca gibi birlikte yaşamaları, hayatlarını birleştirmelerinin yeterli olduğu açıktır.

Dosya kapsamından davacının olay tarihi itibariyle resmi nikahlı eşinin (....) bulunduğu ve bu resmi evliliğinden doğan çocuklarının bulunduğu sabit ise de; davacının ve resmi nikahlı eşi olan Cevriye'nin dava konusu olayın hemen akabinde karakolda verdikleri beyanlarında, müteveffa....'nin ....'in 30 yıl nikahsız olarak birlikte yaşadığı gayri resmi eşi olduğu, müteveffa ile davacının çocukları olmayınca....'nin davacı ile evlendiğini, müteveffa ile davacının ve resmi eşin aynı evde birlikte yaşadıkları belirtilmiştir.

O halde, davacı ile müteveffanın resmi evlilik olmadan hayatlarını birleştirip eylemli ve düzenli olarak karı-koca gibi birlikte yaşayıp yaşamadıklarının, dolayısıyla destek olgusunun öncelikle zabıta marifetiyle araştırılması, olayla ilgili olarak.... Asliye Ceza Mahkemesi'ne açılan ve dosyada mevcut iddianameye göre davacının (gayri resmi nikahlı eş sıfatıyla) müşteki olduğu ceza davası dosyasının getirtilip eldeki davanın konusu yönünden incelenmesi, ilgili muhtarlık kayıtlarının getirtilmesi, elektrik, su, telefon aboneliği kayıtlarının araştırılması, seçim kurulu kayıtlarının getirtilmesi, ondan sonra tüm dosya kapsamı

birlikte irdelenerek desteklik olgusunun varlığı halinde tazminat hesabı için aktüer bilirkişiden hesap raporu alınması ve varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile İtiraz Hakem Heyeti kararının **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 30/03/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK KAZASI • KAZANÇ KAYBI

ÖZET: Trafik kazasında oluşan zararda, sadece hasar gören aracın tamir süresine göre oluşan kazanç kaybı değil, zarar görenin üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmeye göre maruz kaldığı gerçek kazanç kaybı tespit edilmelidir.*

Y. 17. HD E. 2015/13697, K. 2016/3155, T. 14.03.2016

Davacı vekili; davacının sahibi olduğu aracın park halinde iken davalılardan HŞ'nin sevk ve idaresindeki aracın çarpmasına maruz kalarak ağır şekilde hasarlandığını, davalı sürücünün aracı girmesi park etmesi yasak olan bölgede pak ettiğini ve davacı araca çarptığını, davalıların sürücüsü ve maliki oldukları aracın olayda tam kusurlu olduğunu, davacının aracının ticari otobüs olduğunu, 104 gün yetkili serviste kaldığını, toplam 15.700 TL kazanç kaybı ve 10.000 TL değer kaybı olmak üzere davalılardan toplam 25.700 TL tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılara usulüne uygun tebligat yapılmış olmasına rağmen davaya cevap vermemişlerdir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 3.000 TL araç değer kaybı ve 1.250 TL kazanç kaybı toplamı 4.250 TL'nin olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine karar verilmiş; hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan değer kaybı ve kazanç kaybı istemine ilişkindir.

* Gönderen: Av. Reşit HALİS

Davacının temyizi kazanç kaybına yöneliktir.

Somut olayda davacının kazanç kaybına ilişkin talebi 104 gün yetkili serviste kaldığından bahisle aylık 4.500 TL'den yapılan taşıma sözleşmesine dayanarak toplam 15.700 TL'dir. Davacı, kaza nedeniyle bu sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirememiştir ve dava dışı firma ile yaptığı taşıma sözleşmesi feshedilmiştir. Bu kaza olmasaydı davacı sözleşme yükümlülüğünü yerine getirebilecekti. Davalı tarafta hükmü temyiz etmeyerik davacının bu kaza nedeniyle zarar gördüğü kazanç kaybına uğradığını kabul etmiş durumdadır. Bu nedenle, mahkemece sadece 15 günlük tamir süresi tesbit edilerek davacının kazanç kaybının belirlenmesi hatalı olmuştur. Bu nedenle dava dışı şirketle yapılan taşıma sözleşmesi ve dava dışı şirketin ihtarnameleri göz önüne alınarak, gerektiğinde sözleşmenin dava dışı şirketin ticari kayıtlarında yer alıp almadığı da belirlenmek suretiyle taşıma sözleşmesinin kendisine sağlayacağı kazançta gözönüne alınarak bunun piyasa şartlarına uygunluğuda denetlenerek davacının kaza nedeniyle kazanç kaybının belirlenmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün temyize gelen davacı lehine **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 14/03/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

RÜCUEN TAZMİNAT

ÖZET: Sürücünün aldığı alkolün oranının doğrudan doğruya sonuca etkisi bulunmadığının, mahkemece nöroloji uzmanı, hukukçu ve trafik konusunda uzman bilirkişilerden oluşan bilirkişi kurulu aracılığıyla olayın salt alkolün etkisiyle gerçekleşip gerçekleşmediğinin, alkol dışında başka unsurlarında olayın meydana gelmesinde rol oynayıp oynamadığının saptanması, sonuçta olayın tek başına alkolün etkisiyle meydana geldiğinin belirlenmesi durumunda, oluşan hasarın poliçe teminatı dışında kalacağından davanın kabulüne aksi halinde reddine karar verilmesi gerekir.

Y. 17. HD. E.2016/560, K.2016/5641 T. 09.05.2016

Taraflar arasındaki rücuen tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili; davacı ..... zorunlu mali mesuliyet sigorta poliçesi ile sigortalı ve davalıya ait aracın dava dışı araç ile çarpıştığını, kaza tespit tutanağında sigortalıya ait aracın sürücüsünün %75 kusurlu olduğunun tespit edildiğini, sigortalısının kusur durumuna göre dava dışı araç malikine 09/10/2012 tarihinde 6.150,00 TL ödendiğini, sigortalı araç sürücüsü ...'in 0,85 promil alkollü çıktığını, poliçe genel şartlarına aykırı alkollü araç kullanımı nedeni ile sigortalıya rücu etmenin söz konusu olduğunu, bu nedenlerle 6.150,00 TL'nin ödeme tarihi olan 09/10/2012 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili; aynı talep için...İcra Müdürlüğünün 2013/2199 esas sayılı dosyası ile icra takibi başlatıldığını ve takibe itiraz edildiği için öncelikle davanın derdestlik nedeniyle reddini, davalıya ait aracın sürücüsü ...'e davanın ihbar edilmesini talep ettiklerini, davalıya ait araç sürücüsünün alkollü olmasının tek başına kazanın meydana gelmesine neden olmadığından açılan davanın reddine karar verilmesini, ceza dosyasının

kesinleşmesinin beklenmesini, talep edilen tazminat miktarının fahiş olduğunu, bu nedenle bilirkişi incelemesi yaptırılmasını talep ettiklerini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 5.740,00 TL tazminatın 09/10/2012 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiz ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde, dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre; davalı vekilinin yerinde görülmeyen aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesinden kaynaklanan rücuan tazminat istemine ilişkindir.

2918 sayılı KTK'nun 48. maddesinde; alkollü içki alması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmelerinin yasak olduğu ifade edilmiştir.

Karayolları Trafik Yönetmeliğinin "Uyuşturucu ve Keyif Verici Maddeler ile İçkilerin Etkisinde Araç Sürme Yasağı" başlıklı 97/1. maddesinde; alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneğini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmelerinin yasak olduğu açıklandıktan sonra bu konu ile ilgili olan "b-2" bendinde; alkollü içki almış olarak araç kullandığı tesbit edilen diğer araç sürücülerinden kandaki alkol miktarı 0.50 promil üstünde olanların araç kullanamayacakları belirtilmiştir.

Öte yandan, Zorunlu Mali Sorumluluk Sorumluluk Genel Şartlarının B.4.d maddesinde; tazminatı gerektirin olay işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin veya motorlu aracın hatır için karşılıksız olarak kendilerine verilen kişilerin uyuşturucu veya keyif verici maddeler almış olarak aracı sevk ve idare etmeleri esnasında meydana gelmiş veya olay yukarıda sayılan kişilerin alkollü içki almış olmaları nedeniyle aracı güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş bulunmalarından ileri geliyorsa sigortacının sigorta ettirene rücu hakkı olduğu açıklanmıştır.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarında; sürücünün aldığı alkolün oranının doğrudan doğruya sonuca etkisi bulunmadığından, mahkemece nöroloji uzmanı, hukukçu ve trafik konusunda uzman bilirkişilerden oluşan bilirkişi kurulu aracılığıyla olayın salt alkolün etkisiyle gerçekleşip gerçekleşmediğinin, alkol dışında başka unsurlarında olayın meydana

gelmesinde rol oynayıp oynamadığının saptanması, sonuçta olayın tek başına alkolün etkisiyle meydana geldiğinin belirlenmesi durumunda, oluşan hasarın poliçe teminatı dışında kalacağından davanın kabulüne aksi halinde reddine karar verilmesi gerekeceği ilkesi benimsenmektedir. (YHGK 23.10.2002 gün ve 2002/11-768-840; YHGK 7.4.2004 gün ve

2004/11-257-212; YHGK 2.3.2005 gün ve 2005/11-81-18; YHGK 14.12.2005 gün 2005/11-624-713 sayılı ilamları)

Sigortalı araç sürücüsü kazadan sonra 04:25'de yapılan ölçüme göre 0,85 promil alkollü olarak tespit edilmiştir. Ancak münhasırlıktan bahsedebilmek için kazaya neden olan başka etkenin olmaması gerekir. Oysa somut olayda, dosya kapsamına göre 06/05/2015 tarihli Trafik İhtisas Dairesi raporunda davalı ZMSS'li sürücü ...'in %70 oranında, dava dışı araç sürücüsünün %30 oranında kusurlu olduğu belirlenmiş, aldırılan hasar raporuna göre belirlenen miktarın davalının kusuruna tekabül eden kısmı için davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kazanın gerçekleşme şekline göre münhasıranlıktan söz edilemez.

Kabule göre de kazanın münhasıran alkol etkisiyle meydana gelip gelmediği konusunda rapor aldırılmamıştır. Açıklanan nedenle somut olayda kazanın münhasıran (salt) alkolün etkisi altında gerçekleşip gerçekleşmediğinin başka unsurlarında etkili olup olmadığının belirlenmesi için gerekçeli ve denetime elverişli bir rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bilirkişi incelemesi yapılmaksızın hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz isteminin kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** 09/05/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TASARRUFUN İPTALİ DAVASI

ÖZET: Taşınmazların satış tarihindeki rayiç değerleri yargılama aşamasında yapılacak keşif sonucu bilirkişi aracılığıyla belirlenecek ve taşınmazın rayiç değeri ile alacak miktarı karşılaştırılarak hangisi düşük ise o bu davanın değeri olarak kabul edilecektir.Bu nedenle mahkemece dava konusu taşınmazların üzerine taşınmazların tapudaki değerleri üzerinden ihtiyati haciz kararı verilmesi isabetli görülmemiştir.

Y. 17. HD E. 2016/7368 K.2016/7305 T. 14.06.2016

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine dair verilen hükmün süresi içinde 23.02.2016 tarihli ek karar yönünden davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalı borçlu ...'un alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla adına kayıtlı üç taşınmazdan ikisini 4.12.2015 tarihinde davalı ...'a, birini de aynı tarihte davalı ...'a sattığını belirterek davalılar arasındaki tasarrufların iptaline, taşınmazlara ihtiyati haciz konulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece 15.2.2016 tarihli ön incelemeye yönelik hazırlık tutanağı ile davacının ihtiyati haciz talebinin kabulüne,dava konusu taşınmazlardaki davalılara ait hisselerin dava değeri olan 200.000 TL miktar kadar ihtiyati haczine karar verilmiş; davacı vekili 17.2.2016 tarihli dilekçesi ile ihtiyati haciz kararının dava konusu ....İcra müdürlüğünün 2015/97688 sayılı takip dosyasındaki alacak miktarı olan 869.703,16 TL'ye yükseltilmesini talep etmiş mahkemece 23.2.2016 tarihli ara kararla davacının dava dilekçesindeki dava değerini 200.000 TL olarak gösterdiği ve bu değer üzerinden ihtiyati haciz kararı verildiği icra dosyasında belirtilen bedel üzerinden ihtiyati haciz miktarının artırım isteğinin bu aşamada ve açıklanan nedenlerle kabul edilemeyeceğinden reddine karar verilmiş; 23.2.2016 tarihli ek karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Aynı Yasanın 281/2 maddesi" hakim, iptale tabi

tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilir. Teminatın lüzum ve miktarı mahkemece takdir olunur hükmünü içermektedir. Bu tür davaların kabulü halinde takip konusu alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak tasarrufun iptaline karar verilir. (İİK'nın 283/1)Somut olayda dava konusu taşınmazların gerçek değerleri henüz bilirkişi aracılığıyla tespit edilmediği için dava; tapudaki satış bedeli üzerinden açılmıştır. Dava kabul edildiği takdirde takip konusu 869.703,16 TL ve fer'ileriyle sınırlı olarak tasarrufun iptaline karar verilecek ve taşınmazlar satılarak satış bedelinden bu miktar tahsil edilecektir. Somut olayda dava konusu taşınmazların tasarruf tarihindeki rayiç değerleri belirlenmemiştir. Taşınmazların satış tarihindeki rayiç değerleri yargılama aşamasında yapılacak keşif sonucu bilirkişi aracılığıyla belirlenecek ve taşınmazın rayiç değeri ile alacak miktarı karşılaştırılarak hangisi düşük ise o bu davanın değeri olarak kabul edilecektir.Bu nedenle mahkemece dava konusu taşınmazların üzerine taşınmazların tapudaki değerleri üzerinden ihtiyati haciz kararı verilmesi isabetli görülmemiştir. Mahkemece İİK'nın 283/1 madde hükmü de gözönüne alınarak davacının dava konusu takip dosyasındaki alacak ve fer'ileriyle (taleple bağlı kalınarak) sınırlı olarak dava konusu taşınmazlar üzerine ihtiyati haciz kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetli görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazların kabulü ile 23.2.2016 tarihli ara kararın **BOZULMASINA,** 14/06/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

MÜDAHALENİN MENİ • TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ

ÖZET: Dava müdahalenin men'i davası olup, bu talep aşılarak projedeki aykırılığın eski hale getirilmesi kararı verilemez.*

Y. 18 HD E. 2011/4918, K. 2011/9130, T. 22.09.2011

Dava ve dava dilekçes içeriğine göre davacı salt el atmanın önlenmesi isteminde bulunmuştur. Davalı ise Bakırköy 14. Noterliğinin 06.08.2002 tarih ve 27535 yevmiy nolu işlemi ile anlaşmazlık konusu yeri davacının kayıtsız, şartsız kulanmasına muvafakat etmiştir. Mahkemece taleple bağlı kalınarak davanın kabulüne, dava konusu tesisattaki davalı müdahalesinin men'ine karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken ayrıca buradaki projeye aykırılığın eski hale getirilmesine de hükmedilmesi doğru değil ise de, bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirdiğinden gerekçeli kararın hüküm fıkrasının 12. satırında yer alan "kararın kesinleşmesine müteakip projeyi eski hale getirmeleri için davalılara 45 gün süre verilmesine" sözcüklerinin metinden çıkartılması suretiyle hükmün düzeltilmesine ve düzeltilmiş bu şekli ile ONANMASINA, 22.09.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* Gönderen: Av. Reşit HALİS

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

İŞ KAZASI TAZMİNATI • KAZANÇ TESPİTİ

ÖZET: Gerçek ücretin ise sigortalının imzası bulunan iş yeri kayıtlarından saptanacağı, iş yeri kayıtlarının bulunmaması veya gerçek durumu yansıtmadığının anlaşılması halinde ise işçinin yaşı, kıdemi, mesleki durumu dikkate alınarak, emsal işi yapan işçilerin aldığı ücret göz önünde tutularak belirlenmesi gerektiği, Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir. Somut olayda, hesaplamaya esas ücretin imzalı bordrolara göre şekilde değişen miktarlarda ödendiği anlaşılan prim ödemesinin kazanç miktarının saptanmasında hesaba dahil edilmemesi doğru olmamıştır.

Y. 21 HD. E. 2015/181, K. 2015/16043 T. 08.09.2015

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere ve kanuni gerektirici nedenlere göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2-Dava, sigortalının iş kazası sonucu sürekli iş göremezliği nedeniyle maddi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, 48.703,13 TL maddi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan alınarak davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerin incelenmesinden; zararlandırıcı olayın SGK Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından iş kazası olduğunun tespit edildiği, davacı sigortalının sürekli iş göremezlik derecesinin % 32.2 olduğu, bilirkişi hesap raporunda imzalı bordrolara göre asgari ücrete yemek ve servis yardımı eklenerek asgari ücretin 1.35 katı üzerinden hesaplama yapıldığı anlaşılmaktadır.

Kusurun aidiyet ve oranı uyuşmazlık konusu değildir.

Uyuşmazlık maddi zararın belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Zararlandırıcı sigorta olayına maruz kalan sigortalının veya hak sahiplerinin maddi zararının hesabında, gerçek ücretin esas alınması koşuldur. Gerçek ücretin ise sigortalının imzası bulunan iş yeri kayıtlarından saptanacağı, iş yeri kayıtlarının bulunmaması veya gerçek durumu yansıtmadığının anlaşılması halinde ise işçinin yaşı, kıdemi, mesleki durumu dikkate alınarak, emsal işi yapan işçilerin aldığı ücret gözönünde tutularak belirlenmesi gerektiği, Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir.

Somut olayda, hesaplamaya esas ücretin imzalı bordrolara göre belirlenmesi isabetli ise de, davacı sigortalıya kaza tarihinden önce ve sonra her ay düzenli şekilde değişen miktarlarda ödendiği anlaşılan prim ödemesinin kazanç miktarının saptanmasında hesaba dahil edilmemesi doğru olmamıştır.

Yapılacak iş; imzalı bordrolara göre davacıya her ay ödendiği anlaşılan prim ödemelerinin ortalaması esas alınarak hesaplamaya esas ücret miktarına dahil edilmesi ile yaptırılacak tazminat hesabı sonucu çıkacak sonuca göre bir karar verilmesinden ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde temyiz edenlerden davacıya iadesine,aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edenlerden davalıya yükletilmesine, 08.09.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • İŞÇİ ALACAKLARI • DAVALARIN AYRILMASI GEREKTİĞİ

ÖZET: İş kazası ile işcilik alacağı davalarında izlenecek yöntem ve esas alınacak kıstaslar birbirinden tamamen farklıdır. Her iki davanın tefrik edilmesi yargılanmasının sağlıklı yürütülmesi gereklidir. Ayrı ayrı açılıp görülmeleri gerekli bu tür davaların birlikte görülmeleri doğru görülmemeiştir. Mahkemenin bu maddi ve hukuksal olguları gözetmeksizin, birbirinden tamamen farklı davayı bir arada görmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Y. 21. HD. E.2015/8942 K.2015/15300 T.02.07.2015

Uyuşmazlık, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu sürekli iş göremez duruma gelen davacının açtığı maddi ve manevi tazminat davası ile işçilik alacağı istemine ilişkindir.

HMK'nın 167.maddesi uyarınca yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için aralarında bağlantı bulunsa bile davaların ayrılmasına, davanın her safhasında karar verilebilir. Yine aynı yasanın 30.maddesinde Mahkemenin yargılamayı, mümkün olduğunca hızlı ve bir düzen içerisinde seyretmesini sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

İş kazası sonucu sürekli iş göremezlik nedeniyle açılan manevi tazminat davasında, olayın oluş şekli, müterafik kusur oranları, husule gelen elem ve ızdırabın derecesi, tarafların sosyal ve ekonomik durumu, paranın satın alma gücü, özellikle 26.6.1966 gün ve 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme kararının içeriği ve öngördüğü koşulların somut olayda gerçekleşme biçimi, hak ve nesafet kuralları esas alınır. Maddi tazminat davasında da müterrafik kusur oranlarının belirlenmesi için bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği gibi tazminatın hesaplanması için ayrı bir bilirkişi incelemesi de yaptırılması gerekir. Maddi tazminatın saptanmasında ise; zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, bakiye ömrü, işgörebilirlik çağı, işgöremezlik oranı ve karşılıklı kusur oranları, ... tarafından bağlanan peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmasızdır.

İşçilik alacağı davasına gelince; bu tür davalar 4857 sayılı Yasa'dan kaynaklanmaktadır. İşçilik alacağına esas alınacak hizmet saptandıktan sonra talep edilen işçilik alacağının türüne göre manevi tazminat davasındaki kıstaslardan farklı kıstaslara dayanan ayrı bir hesap yapılması gerekir.

Bu durumda; her iki dava için izlenecek yöntem ve esas alınacak kıstaslar birbirinden tamamen farklıdır. Her iki davanın tefrik edilmesi yargılamanın sağlıklı yürütülmesi için gereklidir. Ayrı ayrı açılıp görülmeleri gerekli bu tür davaların birlikte görülmeleri doğru görülmemiştir.Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2007/21-69 Esas ve 2007/55 Karar sayılı ve 07.02.2007 tarihli kararı da bu yöndedir.

Mahkemenin bu maddi ve hukuksal olguları gözetmeksizin, birbirinden tamamen farklı iki davayı bir arada görmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Yapılacak iş; her iki davayı ayırmak ve yargılamayı birbirinden bağımsız olarak sonuçlandırmaktan ibarettir.

O halde, davacı vekilinin ve davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacı ve davalıya iadesine, 02.07.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI NEDENİYLE MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT
•
PROTEZ GİDERİNİN SADECE SGK'DAN İSTENEBİLECEĞİ

ÖZET: Bağlanan maaşın ilk peşin sermaye değerinin rücuya tabi bölümünün hesaplanan tazminattan düşülmesi gerekir.

Tarafların sosyal ekonomik halleri, kusur durumları, davacının maluliyet oranı ve iş kazası tarihi gözetildiğinde hüküm altına alınan 90.000,00-TL tutarındaki manevi tazminatın fazla olduğu da ortadadır.

Y. 21. HD. E.2016/3959, K.2016/7859, T. 03.05.2016

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı vekili tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan ve temyiz konusu hükme ilişkin dava, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hallerden hiçbirine uymadığından Yargıtay incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere, temyiz kapsam ve nedenlerine göre davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararları ile davacı kazalı için gereken protez masrafının karşılanması istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, davacı için 90.000,00-TL olarak takdir edilen manevi tazminatın kaza tarihi olan 24.06.2012 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya

ilişkin talebin reddine, 2.262,73-TL geçici iş göremezlik zararının kaza tarihi olan 24.06.2012 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, tedavi giderine ilişkin talebin reddine, 41.700,00-TL protez giderinden 15.000,00-TL'nin kaza tarihi olan 24.06.2012 tarihinden; bakiye 26.700,00-TL'nin ıslah tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, 130.409,38-TL sürekli iş göremezlik zararından 5.000,00-TL'nin kaza tarihi olan 24.06.2012 tarihinden, bakiye 125.409,38 TL'nin ise ıslah tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, karar verilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekirse 5510 sayılı Yasa›nın 63/f maddesinde «...., ortez, protez, tıbbî araç ve gereç, kişi kullanımına mahsus tıbbî cihaz, tıbbî sarf, iyileştirici nitelikteki tıbbî sarf malzemelerinin sağlanması, takılması, garanti süresi sonrası bakımı, onarılması ve yenilenmesi" hizmetlerinin Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri kapsamında olduğu açıklanmıştır.

Gerçekten ne 506 sayılı yasada ne de 5510 sayılı yasada, Kurumca işe el konuncaya kadar iş kazasına uğrayan sigortalının sağlık durumunun gerektirdiği sağlık yardımlarını yapma dışında işverene bir yükümlülük getirilmemiştir. Az önce bahsedildiği gibi, sigortalının iş kazasına maruz kalması halinde her türlü sağlık yardımlarından Kurum sorumludur. Sözü edilen yasalarda, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun getiriliş amaç ve nedeni, sigortalıların belirtilen türde bir zararla karşılaşmaları halinde onları doğrudan koruma altına alma ve kendilerine yardım yapacak kuruluşu belirlemektir. Şu duruma göre, bir iş kazası nedeniyle, sigortalının başvuracağı merci; kendisini bu yönde güvenceye alan Kurum ve onun sağlık kuruluşlarıdır. İşveren, bu tür zararlandırıcı olayların meydana gelmesi durumlarında, artık sigortalısına karşı muhatap olmaktan çıkar, Kurum doğrudan devreye girer. Esasen, işveren de belirtilen sigorta kolu nedeniyle Yasa'nın belirlediği oranda prim ödemek ve ayrıca koşulları varsa Kurumun yaptığı harcamaları Kuruma geri vermekle sorumlu tutulmuştur. Bu nedenle, gerek sigortalı gerekse işveren, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan birbirlerine karşı değil, doğrudan Kuruma karşı sorumludurlar.

Buraya kadar yapılan açıklamalar sonrasında eldeki davada davacı kazalının protez giderine yönelik alacak talebi bakımından husumetini Sosyal Güvenlik Kurumu yerine davalı işverene yöneltilmesinin hatalı olduğu açık olup bu durumun karar yerinde göz ardı edilmesi hatalı olmuştur.

Ayrıca inceleme konusu dosyada olduğu gibi Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararın ödetilmesine ilişkin bu tür davalarda (iş kazasından kaynaklanan maddi tazminat davaları) öncelikle haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için Kurum tarafından hak sahiplerine bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin tazminattan düşülmesi gerektiği Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindendir.

Somut olayda ise bu husus göz ardı edilmiş, 24.03.2015 tarihli hesap raporda davacı kazalının sürekli iş göremezlik maddi zararı olarak hesaplanan 130.409,38-TL'den Kurumun bu kazalıya iş kazası sigorta kolundan bağladığı gelirin ilk peşin sermaye değerinin rücuya tabi kısmı düşülmemiş, Mahkemece de bu husus göz ardı edilerek belirtilen tenzilat(ilk peşin sermaye değerinin rücuya tabi kısmı) yapılmadan neticeye varılmıştır.

Son olarak da değinilmesi gereken diğer bir husus da davacı yararına hükmolunan manevi tazminatın miktarına ilişkindir. Gerek 818 sayılı Borçlar Kanununun 47 .maddesi gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi hükmüne göre hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile sigortalı yakınlarına verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, davacının sürekli iş göremezlik oranı, işçinin yaşı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, hükmedilecek tutarın manevi tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda olması gerektiği de söz götürmez ve yine 22.06.1966 gün 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde de açıklandığı üzere zarar görenin müterafik kusurunun varlığı halinde bu durumun manevi tazminatın takdirinde göz önünde bulundurulması gerekir.

Bu açıklamalar sonrasında somut olayda; tarafların sosyal ekonomik halleri, kusur durumları, davacının maluliyet oranı ve iş kazası tarihi gözetildiğinde hüküm altına alınan 90.000,00-TL tutarındaki manevi tazminatın fazla olduğu da ortadadır.

O halde davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ

Kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 03.05.2016 gününde oy birliğiyle karar verildi.

KURUMA BİLDİRİLMEYEN İSRAİL'DE GEÇEN ÇALIŞMALARIN TESPİTİ

ÖZET: 506 sayılı Yasa'nın ülke dışında meydana gelen sigorta olaylarında uygulanabilmesi Sosyal Güvenlik Kurumuna yükümlülükler getiren sosyal güvenlik sözleşmesi veya kısa vadeli sigorta kollarını da kapsayan topluluk sigortaları bulunması halinde mümkün olabilir.

Davalı işveren ile Kurum arasında 506 sayılı Yasa'nın 86. maddesine göre topluluk sigortasına dair sözleşmenin bulunmadığı anlaşıldığından ve davacının şirket tarafından İsrail'de çalışması için işe alındığı sabit olduğundan davanın reddine karar vermekten ibarettir.

Y. 21. HD. E.2016/8054, K.2016/9443 T. 09.06.2016

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 19.07.2005-21.05.2010 tarihleri arasında çalıştığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalılardan Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalı Kurum'un aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava, davacının 19.7.2005 ile 21.5.2010 tarihleri arasında, davalı işverenin İsrail'deki işyerinde geçen ve Kuruma bildirilmeyen sigortalı çalışmalarının gerçek ücreti üzerinden tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulü ile; hükümde yazılı şekilde karar verilmiş ise de hatalı değerlendirme sonucu gidilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davalı işyerinde soğuk demir ustası olarak çalıştığını beyan eden davacı adına davalı şirket tarafından işe giriş bildirgesinin verilmediği ve hizmet bildiriminde bulunulmadığı, davacı ile işveren arasında farklı tarihli bireysel iş sözleşmelerinin imzalandığı anlaşılmaktadır.

Davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Kanun'un geçici 7/1'inci maddesi uyarınca uygulama alanı bulan mülga 506 sayılı Kanun'un 7 ve 79'uncu maddeleri ve 5510 sayılı yasanın 10.maddesidir.

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.

Kural olarak sigortalılar,Türkiye'de yaşadıkları ve hizmet akdine göre çalıştıkları takdirde sosyal sigorta haklarından yararlanırlar. Bu kural, Kanunların mülkiliği ilkesinin doğal sonucudur. Ayrıca, Türkiye'yle yabancı bir ülke arasında sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmişse istisnaen mülkilik ilkesine değer verilmeyebilir. Ayrıca, 506 sayılı Kanunun 2 ve 3'üncü maddelerine göre sigortalı olmayanlar kapsamında olmak üzere, Türkiye ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan bir ülkede hizmet akdiyle çalışan Türk vatandaşları da anılan Kanunun 86. maddesi gereği işverenleriyle yapılacak "İş kazalarıyla meslek hastalıkları", "Hastalık", "Analık", "Malullük, yaşlılık ve Ölüm" sigortalarından birine, birkaçına veya hepsine toplu olarak tabi tutulmaları mümkündür. Başka bir anlatımla 506 sayılı Yasa'nın ülke dışında meydana gelen sigorta olaylarında uygulanabilmesi Sosyal Güvenlik Kurumuna yükümlülükler getiren sosyal güvenlik sözleşmesi veya kısa vadeli sigorta kollarını da kapsayan topluluk sigortaları bulunması halinde mümkün olabilir.

Öte yandan, 5510 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin g bendinde; "Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işveren-

lerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinin 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacağı, bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanacağı, bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50 nci maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye'de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümlerinin uygulanacağı, bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası priminin alınmayacağı, bu bent kapsamında yurt dışındaki işyerlerinde çalışan sigortalıların, bu sürede ödedikleri isteğe bağlı sigorta primlerinin 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılıktan sayılacağı" belirtilmiştir.

Bu durumda, 01.10.2008 tarihinden sonra, sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinin 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacağına ilişkin 5510 sayılı Kanunun 5. maddesinin g bendi uyarınca belirtilmiş ise de davacının hizmet tespiti talebinin 19.7.2005 ile 21.5.2010 tarihleri arası olduğu göz önüne alındığında ancak Kurum ile işveren arasında topluluk sigortası sözleşmesi olması karşısında hizmet tespitine karar verilebilecektir.

Yapılacak iş; davalı işveren ile Kurum arasında 506 sayılı Yasa'nın 86. maddesine göre topluluk sigortasına dair sözleşmenin bulunmadığı anlaşıldığından ve davacının şirket tarafından İsrail'de çalışması için işe alındığı sabit olduğundan davanın reddine karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum'un bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 09.06.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ KESİNTİSİNİN İPTALİ

ÖZET: Limited Şirketin vergi kaydının sonlanmasının davacının Bağ-Kur sigortalılığı yönünden etkisi bulunmadığından ve ticaret sicil kaydının 26.6.2014 tarihine kadar devam etmesi nedeniyle zorunlu 1479 Sayılı Yasa'ya tabi sigortalılığının limited şirket ortaklığına istinaden devam etmesi nedeniyle yaşlılık aylığından SGDP kesilmesine ilişkin Kurum işlemine geçerlilik tanıyarak, davanın reddine karar verilmelidir.

Y. 21. HD. E. 2016/7750, K.2016/9441 T. 09.06.2016

Davacı, 23.10.2000 tarihinden itibaren yaşlılık aylıklarından yapılan sosyal güvenlik destek primi kesintilerinin iptaline, kesilen primlerin iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı 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

Davacı, yaşlılık aylığından kesilen Sosyal Güvenlik Destek Primlerinin kesilmemesi gerektiğinin tespitine ve 23.10.2000 tarihinden itibaren kesilen primlerin iadesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir.

1479 sayılı Kanun'a 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanun'la eklenen ve 08.09.1999 tarihi itibarîyle yürürlüğe giren "Sosyal Güvenlik Destek Primi" başlığını taşıyan Ek 20. madde hükmüne göre; "Bu kanun kapsamında yaşlılık aylığı bağlananlardan 24. maddenin I numaralı bendinde belirtilen çalışmalarına devam edenlerin veya daha sonra çalışmaya başlayanların sosyal yardım zammı dahil tahakkuk eden aylıklarından; aylığın bağlandığı, yasadan önce yaşlılık aylığı bağlananlardan yasanın yürürlüğe girdiği tarihi takip eden veya tekrar çalışmaya başlanıldığı tarihi

takip eden aybaşından itibaren çalışmalarının sona erdiği ay dahil % 10 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir."

Bu durumda; pasif sigortalıların yaşlılık aylıklarından, sosyal güvenlik destek primi kesilmesinin koşulu; 1479 sayılı Kanun'un 24/I maddesi kapsamında kendi nam ve hesabına bağımsız çalışmanın varlığıdır.

Eldeki dava dosyasına konu olayda davacıya hangi tarih itibariyle ve hangi sigorta kapsamında yaşlılık aylığı bağlandığı anlaşılamamaktadır. Davacının Ltd. Şti'ine ortak olduğu, şirketin 23.10.2000 tarihinde vergi kaydını kapatmasına rağmen ticaret sicil kaydının devam ettiği ve 26.6.2014 tarihinde resen terkinin verildiği anlaşılmaktadır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Geçici 7. maddesi uyarınca davanın yasal dayanaklarından olan 1479 sayılı Kanunun 24/I-d maddesine göre, "Limited şirketlerin ortakları" Bağ-Kur sigortalısı sayılmışlardır. Limited şirket ortaklığında belirleyici olan faktör şirketin vergi kaydı değil, Ticaret Sicil Memurluğunda şirketin tescilinin devam edip etmediğidir. Mahkemece dosya içerisinde adı geçen şirketlerin vergi kayıtlarının bitiş tarihi değil Ticaret Sicil Memurluğundaki kayıtları esas alınacağından bu bilgiler doğrultusunda karar verilmemesi hatalı olmuştur.

Yapılacak iş; Ltd. Şti'nin vergi kaydının sonlanmasının davacının Bağ-Kur sigortalılığı yönünden etkisi bulunmadığından ve ticaret sicil kaydının 26.6.2014 tarihine kadar devam etmesi nedeniyle zorunlu 1479 sayılı Yasa'ya tabi sigortalılığının limited şirket ortaklığına istinaden devam etmesi nedeniyle yaşlılık aylığından SGDP kesilmesine ilişkin Kurum işlemine geçerlilik tanıyarak, davanın reddine karar vermekten ibarettir.

O hâlde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 09/06/2016 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARLARI

MALA ZARAR VERME

•

İŞYERİ DOKUNULMAZLIĞI

ÖZET: Olay tarihinde sanığın mağdurun lokantasının mutfak camını kırarak içeriye girmeye çalıştığı sırada, sesleri duyarak gelen polisleri fark ederek kaçtığı, olay yerinden alınan parmak izlerinden kendisine ulaşıldığı sabit bulunan olayda, Kanun'un benimsediği objektif teori esas alındığında, mağdura ait lokantanın mutfak kapı camını kıran, ancak polislerin olay yerine gelmeleri üzerine içeriye giremeden kaçan sanığın, mağdurun taşınır malını koruduğu egemenlik ve tasarruf alanına müdahale ederek, hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarının kanuni tanımında belirtilen elverişli hareketlere başladığı, ancak polislerin gelmesi üzerine içeriye giremeden ve hırsızlık suçunu tamamlayamadan kaçtığı, bu durumda polisleri görüp kaçtığı ana kadarki eylemin, kişi hürriyetini koruyan işyeri dokunulmazlığının ihlali ile mülkiyet ve zilyetlik hakkını koruma altına alan nitelikli hırsızlık suçunun kanuni tanımında öngörülen neticeyi meydana getirmeye elverişli olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, eyleminin; mala zarar verme suçunun yanında, nitelikli hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarına teşebbüsü de oluşturacağının kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Y. CGK. E: 2014/729 E. K: 2016/151 K.

Mahkemesi:...Asliye Ceza İşyeri dokunulmazlığının ihlali, mala zarar verme ve hırsızlık suçundan açılan kamu davasının yapılan yargılaması

neticesinde sanığın, işyeri dokunulmazlığının ihlali suçundan beraatına, mala zarar verme suçundan açılan kamu davasının şikâyetten vazgeçme nedeniyle düşmesine, hırsızlık suçuna teşebbüsten ise TCK'nun 142/1, 143/1, 35/2, 62/1, 54. maddeleri gereğince bir yıl sekiz ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve müsadereye ilişkin, ... Asliye Ceza Mahkemesince verilen ... gün ve ... sayılı hükmün Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay .... Ceza Dairesince ... gün ve ...-... sayı ile;

"1- İşyeri dokunulmazlığının ihlali suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesinde; Olay yeri inceleme ile keşif tutanağı, kroki ve bilirkişi raporu göz önüne alındığında, TCK'nın 44. maddesi delaletiyle sanığın eylemlerinin bir bütün olarak bina içinde hırsızlığa teşebbüs suçunu oluşturduğu değerlendirilmekle tebliğnamede bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir.

Dosya ve duruşma tutanağı içeriğine, kararın dayandığı gerekçeye ve takdire göre, temyiz itirazları yerinde görülmediğinden usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına,

2- Hırsızlık ve mala zarar verme suçlarından kurulan hükümlere gelince;

Dosya ve duruşma tutanağı içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve hâkimin takdirine göre; bu suçların sanık tarafından işlendiğini kabul ve nitelendirmede usul ve yasaya aykırılık olmadığı anlaşılmış ve diğer temyiz itirazları da yerinde görülmemiştir.

Ancak;

a- 19.01.2006 günü yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun ile değişik TCK'nın 142/4. maddesi uyarınca suç tarihi itibarıyla hırsızlık suçuyla birlikte işlenen mala zarar verme suçu şikâyete bağlı olmadığı halde atılı suçtan şikâyet yokluğu nedeniyle düşme kararı verilmesi,

b- TCK'nın 143. maddesi uyarınca yeterli gerekçe gösterilmeden üst hadden artırım, 35. maddesi uyarınca ise alt hadden indirim yapılması,

c- Sanığın adli sicil kaydındaki ilamda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği hırsızlık suçunun teşebbüs aşamasında kaldığının anlaşılması karşısında yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi,

d- Kasten işlediği suçtan hapis cezasına mahkûmiyetin yasal sonucu olarak hakkında TCK'nın 53. maddesindeki haklardan yoksun kılınma

kararı verilmemesi" isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise ... gün ve ... sayı ile;

"Uyuşmazlık, sanığın üzerine atılı işyeri dokunulmazlığını ihlale teşebbüs suçunun yasal unsurlarının oluşup oluşmayacağına ilişkindir. Mağdurun akşam lokantasını kapattığı, saat yirmidört sularında cam kırılma sesleri duyulması üzerine işyerinin mutfak camının kırıldığı, ancak içeri girilemediğinin belirlendiği, yapılan araştırmada yakındaki kundura tamir dükkânına girilerek bazı eşyaların çalındığının tespit edildiği, parmak izi incelemesi sonucu sanığa ulaşıldığı anlaşılmaktadır. ...

Sanık almak istediği eşyaların içeride bulunduğunu ve bunları alabilmek için camın kırılıp içeriye girilmesinin gerekli olduğunu suça karar verirken bilmekte ve neticeyi öngörüp istemektedir. Bu nedenle, işyeri dokunulmazlığının ihlali suçuna teşebbüsten sorumlu olması ve mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği" düşüncesiyle itiraz kanun yoluna müracaat ederek, Özel Dairenin işyeri dokunulmazlığının ihlali suçuna ilişkin onama ilamının kaldırılmasına ve yerel mahkemenin bu suça yönelik beraat hükmünün bozulmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur

CMK'nun 308/1. maddesi uyarınca inceleme yapan Özel Dairece, ... gün ve ...-... sayı ile itirazın yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

İtirazın kapsamına göre inceleme, sanık hakkında işyeri dokunulmazlığının ihlali ve bu suçla bağlantılı olarak hırsızlık suçundan kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daireyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın eyleminin mala zarar verme ve hırsızlık suçlarının yanında işyeri dokunulmazlığının ihlali suçunu da oluşturup oluşturmayacağının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya muhtevasından;

Olay gecesi mağdurun işletmekte olduğu lokantanın mutfak camının kırıldığı, sesin duyulması üzerine görevli polislerin olay mahalline geldikleri, iki şahsın kaçarken görüldüğü, ancak yakalanamadığı, kolluk görevlilerince lokantanın yakınındaki ayakkabı tamiri yapılan baraka niteliğindeki işyerinin kapısının açık, asma kilidinin kapının önünde yerde olduğunun tespit edildiği,

Mağdur ...'ya ait lokantanın mutfak kısmının kırılan camı üzerinden alınan parmak izleri ile sanığa ait parmak izlerinin aynı olduğunun belirlendiği, Mahalli mahkemece yapılan keşifte hazır bulunan polis memuru bilirkişinin; olayın mağdura ait işyerinin dışında sokak üzerinde meydana geldiğini, dükkanın içine girilmediğini, bu nedenle konut dokunulmazlığının ihlali suçunun unsurlarının oluşmadığını beyan ettiği,

Daha önce ruhsatsız silah bulundurmak suçundan hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş bulunan sanığın; bir ay önce suçun işlendiği lokantaya gidip çorba içtiğini, ancak mutfak kısmının yanından veya önünden geçmediğini, mutfaktaki cama dokunmuş bulunmasının mümkün olmadığını, suçlamaları kabul etmediğini savunduğu,

Anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusunda isabetli bir hukuki çözüme ulaşılabilmesi bakımından; "suça teşebbüs, suçların içtimaı ve bileşik suç" kavramları üzerinde durulması gerekmektedir.

Türk Ceza Kanununun hazırlanmasında esas alınan kural "gerçek içtima" olup, bu ilke uyarınca "kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza" söz konusudur. Nitekim Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporunda; "Ceza hukukunun temel kurallarından birisi, 'kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır' şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimaı bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Böylece verilen her bir ceza, bağımsızlığını koruyacaktır" denilmektedir. Anılan kuralın istisnaları "suçların içtimaı" bölümünde bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima maddelerinde düzenlenmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda aynı neviden fikri içtima ile farklı neviden fikri içtima 79. maddede tek madde halinde düzenlenmişken, 5237 sayılı Kanunda bu iki durum birbirinden ayrılarak aynı neviden fikri içtima, zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddenin ikinci fıkrasında, farklı neviden fikri içtima ise kanunun 44. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

TCK'nın 44. maddesinde farklı neviden fikri içtima; "işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır" şeklinde düzenlenmiş olup, bu hükmün uygulanabilmesi için işlenen bir fiille birden fazla farklı suçun oluşması gerekmektedir.

Kanun koyucu, gerçekleştirdiği bir fiille birden fazla farklı suçu işleyen failin, fiilinin tek olması nedeniyle en ağır ceza ile cezalandırılmasını ye-

terli görmüş, bu şekilde "non bis in idem" kuralı gereğince bir fiilden dolayı birden fazla cezalandırılmasının önüne geçilmesini amaçlamış, "erime sistemi"ni benimsemek suretiyle, bu suçlardan en ağır yaptırımı gerektiren suçtan dolayı ceza verilmesi ile yetinilmesini tercih etmiştir.

Bu bağlamda tek fiil veya bir fiilden ne anlaşılması gerektiğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedensel eylem ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de, hukuki manada hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tek olması, doğal anlamda değil hukuksal anlamda tekliği ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar, suçun kanuni tanımında yer alan hukuki anlamdaki tek bir fiili oluşturmaktadır. (Mahmut Koca-İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 484)

TCK'nun genel hükümleri arasında yer alan "fikri içtima," şartlarının varlığı halinde kural olarak her suç için uygulanabilir ise de, kanun koyucunun açıkça istisna öngördüğü bazı durumlarda ve suç tiplerinde uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Örneğin anılan kanunun 212. maddesinde sahte resmi veya özel belgelerin fail tarafından bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem resmi veya özel belgede sahtecilik, hem de ilgili diğer suçtan cezaya hükmolunacağı belirtilerek, açıkça "farklı neviden fikri içtima" hükümlerinin uygulanması engellenmiştir.

Bu anlatımlara göre, farklı neviden fikri içtimanın şartları, hareket ya da fiilin hukuki anlamda tek olması, tek fiille birden fazla farklı suçun işlenmiş olması, işlenen suçlarla ilgili kanunda açıkça fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının engellenmemiş bulunması şeklinde belirlenebilecektir.

TCK'nun 42. maddesinde de gerçek içtima kuralının istisnalarından olan bileşik suç; "biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir" şeklinde tanımlanmış, kanun koyucu bununla da yetinmeyerek; "bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz" düzenlemesini getirmiştir.

Anılan maddenin gerekçesinde; "maddede biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması nedeniyle tek fiil sayılan ve dokt-

rinde bileşik suç ya da mürekkep suç olarak adlandırılan fiilin tanımı yapılmakta ve bu tür suçlarda, suçu oluşturan araç suçtan dolayı ayrıca ceza verilmeyeceği dolayısıyla cezaların içtimaı hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilerek bu konuda meydana gelen bir kısım yanlış uygulamaların bundan böyle giderilmesi amacı güdülmektedir" açıklamalarına yer verilmiştir.

Bileşik suçta tek başlarına suç teşkil eden iki ayrı eylem birleşmekte, ancak suçlardan biri diğerinin içinde eridiğinden, faile iki ayrı suçtan değil, yalnızca en ağır neticenin karşılığı olan suçtan ceza verilmektedir. Bir başka anlatımla, farklı suç olarak düzenlenen birden fazla sonuç bir araya gelip, kendisini oluşturan suçlardan tamamen ayrı isim ve özellikte bağımsız bir suç oluşturmaktadır. İki suçun bir araya gelip birleşerek, bileşik suç oluşturma durumu iki şekilde meydana gelebilmektedir. Bunlardan ilki, bir suçun diğerinin unsuru; ikincisi ise, bir suçun diğer suçun ağırlaştırıcı nedeni olması halidir. Bileşik suçun birinci halinin tipik örneği, yağma suçudur. Gerçekten de yağma, hırsızlık ve cebir şiddet suçlarından ibarettir. Fakat bu iki suç, bağımsız kimliklerini, hatta isimlerini kaybetmek suretiyle başka bir suç şekline, yani yağmaya vücut vermektedir. Bir suçun diğerinin ağırlaştırıcı nedeni olduğu bileşik suç tipine, konutta, işyerinde veya bunların eklentilerinde işlenen yağmayı örnek göstermek mümkündür. Bu durumda aslında bağımsız bir suç olan konut dokunulmazlığının ihlali yağmanın nitelikli halini meydana getirmekte, bu nedenle faile yalnızca nitelikli yağma suçunun cezası tatbik edilmekte, ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçundan ceza verilememektedir. İki suç arasında bağlantı olsa bile, bu bağlantı suçlardan birinin diğer suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olmadığı sürece "bileşik suç" veya "suçların içtimaı" söz konusu olmayacaktır. Bileşik suçtan bahsedilebilmesi için, bir suçun diğerinin unsuru veyahut da ağırlaştırıcı nedeni olduğu hallerde iki suçun kaynaşarak tek suç haline gelmesi gerekmektedir. Bileşik suçun varlığından sözedebilmek için, bu suretle kaynaşan suçlardan birinin, kanundaki açık hüküm gereğince diğerinin unsurunu ya da ağırlaştırıcı sebebini teşkil etmesi şarttır. (Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 1999, 14. Baskı, C. 1, s. 406)

Bir suçun diğerinin işlenmesinde yalnızca araç olması, bileşik suçun varlığını kabul bakımından yeterli değildir. Örneğin konutta, işyerinde ya da bunların eklentilerinde işlenen yağma suçunda unsur olan ve bağımsızlığını kaybeden konut dokunulmazlığının ihlali, cinsel saldırı veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olmadığından, konut dokunulmazlığının ihlali, cinsel saldırı ya da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla birlikte işlenmesi halinde müstakil

suç olma özelliğini korumaktadır. Ancak yağma suçunun konutta ya da işyerinde gerçekleştirilmiş olması suçun nitelikli halini teşkil edeceğinden, konutta ya da işyerinde yağma halinde bileşik suç hükümleri nazara alınarak, yalnızca nitelikli yağma suçundan ceza tayin edilecek, ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçlarından mahkûmiyet hükmü kurulmayacaktır. Aksinin kabulü durumunda, failin işlemiş olduğu konut dokunulmazlığının ihlali eylemi, "non bis in idem" başka bir anlatımla "aynı fiilden dolayı ikinci kez yargılama olmaz" kuralına aykırı olarak ikinci kez cezalandırılmış olacaktır.

Bu aşamada suça teşebbüs hükümleri üzerinde de kısaca durulmalıdır.

TCK'nun 35. maddesinin birinci fıkrasında; "kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur" şeklinde tanımlanan suça teşebbüsün varlığından söz edilebilmesi için;

1- Fail ya da faillerde kasıtlı bir suç işleme kararı olmalı,

2- Elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başlanmalı,

3- Failin elinde bulunmayan nedenlerle suç tamamlanamamalı veya amaçlanan sonuç gerçekleşmemelidir.

Suça teşebbüste fail, eylemini tamamlamak amacıyla hareket etmesine karşın, elinde olmayan nedenlerden dolayı fiilini gerçekleştirememekte, bu durumda kişiye tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilmektedir.

Teşebbüs halinde hâkim, önce cezanın belirlenmesindeki ölçütlere göre temel cezayı belirleyecek, ardından da kanundaki sırayı takip ederek teşebbüs hükümlerini uygulayacaktır. Teşebbüs hükümleri tatbik edilirken, somut olayda ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı göz önünde bulundurularak teşebbüse ilişkin kanun maddesinde belirtilen sınırlar arasında bir ceza tayin edilecektir.

Maddenin gerekçesinde; "Suça teşebbüste fail suçu tamamlamak amacıyla hareket etmesine rağmen, elinde bulunmayan nedenlerden dolayı bunu gerçekleştirememektedir. Bu durumda kişiye tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilmektedir. ...

Teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya

çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık ve icra hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtlama sorunu haline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilecektir.

Açıklanan bu nedenlerle, tasarıdaki kastı şüpheye yer bırakmayacak ölçütü madde metninden çıkartılmış ve yerine ise doğrudan doğruya icraya başlama ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içerisindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır.

Ayrıca belirtilmelidir ki, anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs gibi, teşebbüs hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlendiği suçlara teşebbüs mümkün değildir.

Suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dâhil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır. Nitekim uygulamada da elverişlilik bu şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddeye suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden 'uygun hareketler' kavramı dâhil edilmiştir." denilmektedir.

Madde gerekçesinde önceki kanunda yer alan eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayırımına son verildiği, bu ayırımın objektif ölçütünün bulunmaması nedeniyle uygulamada tereddütlere yol açtığı belirtildikten sonra, getirilen bir başka yeniliğin de icra hareketlerinin başlangıcına ilişkin olduğu, "failin kastının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkması ile icranın başlayacağı" yolundaki sübjektif ölçütün kabul edilmesi halinde kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına imkân verebilecek uygulamalara yol açılabileceği, çünkü hazırlık hareketleri aşamasında kastın varlığının şüpheye mahal bırakmayacak biçimde tespit edilebilmesinin mümkün olduğu, suçun icrasıyla ilgisiz davranışların dahi suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabileceği, bu nedenle hükümet tasarısındaki "kastı şüpheye yer bırakmayacak" kriterinin madde metninden çıkartılarak yerine; "doğrudan doğruya icraya başlama" ölçütünün kabul edildiği, böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içerisindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacağı açıklanmış; ayrıca kullanılan aracın

suçun yasal tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olması gerektiği, ancak elverişliliğin sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dâhil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunması gerektiği, bu nedenle maddeye, suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden "uygun hareketler" kavramının dâhil edildiği belirtilmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanununda icra hareketlerinin başlangıcı konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmezken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda "doğrudan doğruya icraya başlama" ölçütü kabul edilmiştir. Ancak soyut olan bu kavramın nasıl anlaşılması gerektiği konusu açık bulunmayıp, cezalandırılabilen davranışın ne zaman başladığını belirleyebilmek her zaman kolay değildir.

Genel olarak suçun dış dünyada oluşmaya başladığı süreç, "hazırlık hareketleri" ve "icra hareketleri" olmak üzere birbirinden farklı iki evreye ayrılmaktadır. Suçu işlemek için kullanılacak âletlerin üretilmesi ya da temini, eylem yerinin araştırılması veya gözetlenmesi, eylemle ilgili çeşitli bilgilerin toplanması, suç işlendikten sonra sorumlu tutulmayı önleyici tedbirler alınması, suçtan elde edilecek eşyalar için güvenli bir yer ayarlanması gibi fiiller de hazırlık hareketleri olup, suç tipini oluşturan icra hareketlerinden önce gerçekleştirilen ve cezalandırılmayan davranışlardır. Teşebbüs ise, suçun tamamlanmasından önce, fakat hazırlık hareketleri aşamasından sonra gelen, başlanmış ancak bitirilememiş bir eylemli evreyi ifade etmektedir. Bu kapsamda cezalandırılabilir davranışların, yani suça teşebbüsün sınırlarının belirlenmesi, diğer bir ifadeyle suç yolunda ilerleyen sanık ile ilgili olarak, ceza hukukunun hangi andan itibaren devreye gireceği sorununun çözülmesi gerekmektedir.

Öğretide; teşebbüs açısından "doğrudan doğruya icraya başlama" ölçütünün kabul edilmesiyle "objektif teori"nin benimsendiği, suçun kanuni tanımında unsur veya nitelikli hal olarak belirtilmiş hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde icra hareketlerinin başladığının kabul edilmesi, örneğin öldürmek için silahını hasmına doğrultarak nişan alınmasının icra hareketi sayılması gerektiği, ancak öldürmek için elverişli silah veya zehir satın alınmasının belirleyici bir niteliğe sahip olmaması nedeniyle hazırlık hareketi sayılabileceği belirtilmiştir. (Mahmut Koca–İlhan Üzülmez; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 393)

Öte yandan, suça teşebbüsle ilgili bir değerlendirme yapılabilmesi, failin hangi suçu işlemeyi kastettiğinin belirlenmesini gerektirir ki buna sübjektif unsur denir. Failin davranışı ile bir suçu işlemeye teşebbüs edip etmediğini, eğer etmişse hangi suça teşebbüs ettiğini tespit edebilmek

için öncelikle kastın varlığının belirlenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, tıpkı tamamlanmış suçta olduğu gibi, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da, işlenmek istenen suç tipindeki tüm unsurlar fail tarafından bilinmelidir. (Kayıhan İçel-Füsun Sokullu Akıncı-İzzet Özgenç-Adem Sözüer-Fatih Selami Mahmutoğlu-Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Baskı, Sebat Yayınevi, İstanbul 2000, s. 315)

Özetlemek gerekirse; bir kimsenin suça teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi için, hareketlerinin objektif olarak suçun kanuni tanımında öngörülen sonucu meydana getirmeye elverişli olması ile birlikte, aracın fail tarafından bu neticeyi gerçekleştirmeye uygun biçimde kullanılması, ancak failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması ya da tamamlanmasına karşın, istenilen sonucun gerçekleşmemesi gerekir.

Gelinen aşamada işyeri dokunulmazlığının ihlali ve nitelikli hırsızlık suçları üzerinde de kısaca durulmasında fayda bulunmaktadır.

Türk Ceza Kanununun "konut dokunulmazlığının ihlali" başlıklı 116. maddesinin birinci fıkrası; "bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır," ikinci fıkrası ise; "birinci fıkra kapsamına giren fiillerin açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi halinde, mağdurun şikâyeti üzerine altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur" şeklinde düzenlenmiştir.

Konut dokunulmazlığının ihlali suçunun tanımlandığı birinci fıkranın gerekçesinde; "Konut dokunulmazlığının ihlali, kişinin kendisine özgü barış ve sükûnunu ve yuvasındaki yaşamın sulh ve selametle cereyanı için var olması gerekli güvenlik duygusunun sarsılmasını ifade etmektedir. Bireylere karşı işlenen ve aynı zamanda onların muhtaç oldukları güvenlik ve sükûnu ihlal eyleyen bu fiillerin, hürriyete karşı işlenen suçlar arasında bir suç olarak tanımlanması uygun görülmüştür."

Maddenin işyeri dokunulmazlığını ihlali düzenleyen ikinci fıkrasının gerekçesinde; "Birinci fıkrada tanımlanan fiillerin açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında kalan işyeri ve eklentileri hakkında işlenmesi ayrı suç olarak tanımlanmıştır. Bu fıkranın uygulanmasında, birinci fıkrada sözkonusu olan koşullar aranacaktır. Niteliği itibarıyla açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi alışılmış, mutat olan yerler dışında kalan yerlere rıza bulunmaksızın girilmesi bu suçu

oluşturacaktır. **Avukatlık** bürosu ve özel muayenehane gibi izinle girilmesi gereken yerlere örnek olarak gösterilebilir. Keza herkesin herhangi bir koşulu yerine getirmeksizin girebileceği yerlere, söz gelimi süpermarketlere, dükkânlara, mağazalara, halka açık olmadıkları zamanlarda, mesela mesai saatleri dışında rıza hilafına girilmesi halinde de bu suç oluşacaktır. Zira hak sahipleri bu gibi yerlere isteyenin girmesi hususunda daha başlangıçta rızalarını örtülü olarak açıklamış sayılırlar» biçimindeki açıklamalara yer verilmiştir.

Madde gerekçesinde de özenle vurgulandığı üzere, konut dokunulmazlığının ihlali ile mülkiyet ve zilyetlik hakkı değil, kişi hürriyeti korunmaktadır. Kanunda mülkiyet ve zilyetliği koruyan başka hükümler bulunmakta olup bu suçla kişilerin konutlarındaki güvenlik duygusu, sükûn ve huzurlarının korunması amaçlanmaktadır.

Gerek kanun, gerekse gerekçesinde suçun maddi konusunu oluşturan "konut, işyeri ve eklenti" kavramlarının tanımı yapılmamış, bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğünde işyeri; "bir görevin yapıldığı yer, işçinin iş sözleşmesine göre çalıştığı yer" olarak tanımlanmış, öğretide; "esas olarak belirli bir zaman dilimi içinde ya da sürekli, sınaî, sanatsal, bilimsel ve benzeri amaçlara hizmet eden, sabit ya da sabit olmayan kapalı işletme veya satış yerleri" şeklinde açıklanmıştır. (Serap Keskin Kiziroğlu, Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 68)

Türk Ceza Kanununun nitelikli hırsızlık başlıklı 142. maddesinin birinci fıkrasının suç tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan, ancak hüküm tarihinden sonra yürürlükten kaldırılan (b) bendinde; sanıkların işlemeye kalkıştıkları bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkındaki hırsızlık suçu;

"Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında, ...

İşlenmesi hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur" biçiminde düzenlenmiş, yerel mahkemenin hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 18.06.2014 gün ve 6545 sayılı Kanunun 62. maddesiyle TCK'nun 142. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi yürürlükten kaldırılmış ve maddeye;

"Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında, ..." şeklindeki (h) bendi eklenmiştir.

İlk bakışta bu düzenlemenin "kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır" kuralının istisnası olduğu, yani bileşik suç tanımına uyduğu söylenebilir ise de, kanun koyucu bu madde ile hırsızlık suçunun "bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya" hakkında işlenmiş olmasını nitelikli hal olarak düzenlemiş, bina veya eklentiye girmeyi suçun oluşumu açısından unsur olarak aramamıştır. Buna göre, hırsızlık suçunun bu nitelikli halinin, "bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış eşya" hakkında, bina ya da eklentilerine girilerek işlenmesi mümkün bulunduğu gibi, bina veyahut eklentiye girilmeden işlenebilmesi mümkün olup, her iki durumda da anılan maddenin uygulanması gerekecektir. Bir başka ifadeyle, maddedeki düzenleme ile bina veya eklentilerine girilip girilmemesi değil, çalınan eşyanın bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış olması bu nitelikli hal açısından önemsenmiştir. Kanun koyucu bu suç tipini bileşik suç olarak hüküm altına almak isteseydi, maddeyi 765 sayılı Kanunda olduğu gibi "bina veya eklentilerine girilmek suretiyle işlenirse" şeklinde düzenlerdi. Bu nedenle hırsızlık suçunun bu nitelikli halinin işlenmesi sırasında bina veya işyerine ya da eklentilerine girilmesi halinde hırsızlık suçunun yanında ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçu da oluşmakta, buna bağlı olarak failin bu suçtan da cezalandırılması gerekmektedir.

Diğer taraftan kanun koyucu hırsızlık suçunun bina veya eklentilerine ya da işyerine girilerek işlenmesi halinde hırsızlık suçunun yanında ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçunun da oluşacağına dair iradesini pekiştirecek şekilde 5560 sayılı Kanunun 6. maddesiyle TCK'nun 142. maddesine; "hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz" biçimindeki dördüncü fıkrayı ilave etmiştir. Eklenen fıkranın gerekçesinde de; "kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza kuralı gereği, hırsızlık suçunu işlemek için başkasının konutuna girilmesi veya malvarlığına zarar verilmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmetmek gerekir" denilmek suretiyle, kanun koyucunun amacının, hırsızlık suçunun işlenmesi sırasında gerçekleştirilen diğer suçların da ayrıca cezalandırılması olduğu açıkça ortaya konulmuştur.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Olay tarihinde sanığın mağdurun lokantasının mutfak camını kırarak içeriye girmeye çalıştığı sırada, sesleri duyarak gelen polisleri fark ederek kaçtığı, olay yerinden alınan parmak izlerinden kendisine ulaşıldığı sabit bulunan olayda, kanunun benimsediği objektif teori esas alındığında,

mağdura ait lokantanın mutfak kapı camını kıran, ancak polislerin olay yerine gelmeleri üzerine içeriye giremeden kaçan sanığın, mağdurun taşınır malını koruduğu egemenlik ve tasarruf alanına müdahale ederek, hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarının kanuni tanımında belirtilen elverişli hareketlere başladığı, ancak polislerin gelmesi üzerine içeriye giremeden ve hırsızlık suçunu tamamlayamadan kaçtığı, bu durumda polisleri görüp kaçtığı ana kadarki eylemin, kişi hürriyetini koruyan işyeri dokunulmazlığının ihlali ile mülkiyet ve zilyetlik hakkını koruma altına alan nitelikli hırsızlık suçunun kanuni tanımında öngörülen neticeyi meydana getirmeye elverişli olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, eyleminin; mala zarar verme suçunun yanında, nitelikli hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarına teşebbüsü de oluşturacağının kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ... gün ve ...–... ile aynı gün ve ...–.. sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır. Bu itibarla, sanığın eyleminin mala zarar verme ve nitelikli hırsızlık suçunun yanında ayrıca işyeri dokunulmazlığının ihlali suçuna teşebbüsü de oluşturacağından itirazın kabulüne Özel Daire onama kararının kaldırılmasına, yerel mahkemenin işyeri dokunulmazlığının ihlali suçundan kurulan beraat hükmünün, sanığın eyleminin mala zarar verme ve nitelikli hırsızlık suçlarının yanında işyeri dokunulmazlığının ihlali suçunu da oluşturacağının gözetilmemesi isabetsizliğinden de bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE,**

2- Yargıtay ... Ceza Dairesinin ... gün ve ...-... sayılı onama kararının, işyeri dokunulmazlığının ihlali suçuna ilişkin olarak **KALDIRILMASINA,**

3- ... Asliye Ceza Mahkemesinin ... gün ve ... sayılı sanığın mağdur ...'ya karşı işlediği işyeri dokunulmazlığının ihlali suçuna ilişkin beraat hükmünün; sanığın eylemlerinin mala zarar verme ve nitelikli hırsızlık suçuna teşebbüsün yanında ayrıca işyeri dokunulmazlığının ihlali suçunu da oluşturacağının gözetilmemesi isabetsizliğinden **BOZULMASINA,**

4- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE,** 29.03.2016 tarihinde yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYALAR

UYGULAMADAN DOSYALAR

YEREL MAHKEME KARARI

DAVANIN ÖZETİ: Karaman .... parselinde bulunan davacının mülkiyetinde taşınmazı da kapsayan alanda 13/06/2012 tarih ve 211 sayılı Karaman elediye Meclisi kararı ile gerçekleştirilen 1/1000 ölçekli revizyon ve ilave uygulama imar planı ile Y... Mahallesi, tapunun ... ada ... parselinde bulunan ve davacının mülkiyetinde taşınmazı kapsayan alanda 13/06/2012 tarih ve 215 sayılı Karaman Belediye Mecliki rararı ilen yapılan 1/1000 ölçekli revizyon ve ilave uygulama imar planının anılan taşınmazlara yönelik kısımlarının, bahsi geçen 215 sayılı meclis kararı ile onaylanan imar planının .... adadaki G.Parkı'nın kısmen otoparka çevrilmesine ilişkin bölümlerin ve A. Bulvarı - Ş. Caddesi -.... Sokak, SHC Caddesi ile çevrili Y. Mahallesi sınırları içerisinde kalan tüm ada ve parsellerde yapılan kat artışları ile ilgili bölümlerinin 13/06/2012 tarih ve 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216 ve 217 sayılı meclis kararları ile onaylanan 1/1000 ölçekli revizyon ve ilave uygulama imar planları bölgesinde kalan tüm adalarda bulunan köşe - parseller yönünden yapılan köşe kırmalarının, Karaman İl Merkezi'ne yönelik olarak 13/06/2012 tarih ve 208 sayılı meclis kararı ile kabul edilen 1/5000 ölçekli revizyon ve ilave nazım imar planı ile plan notlarının mahsi geçen taşınmazlara yönelik kısımlarının ve anılan imar planlarına karşı yapılan itirazların reddine yönelik 08/10/2012 tarih ve 271 sayılı işlemin 09/10/2012 tarih ve 295 sayılı işlemin ve 10/10/2012 tarih ve 329 sayılı işlemin; yapılan imar uygulamalarının tamamının şelhircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararı yönlerinden hukuka uygun olmadığı, trafik güvenliği ve sosyal donatı alanlarının geliştirilmesine yönelik düzenleme yapılmadığı, Konya 1. İdare Mahkemesi'nin E-2006/3001 sayılı dosyasına ait kararda belirtilen hususlara riayet edilmeyerek imar rantına zemin hazırlandığı, yedi aylık sürenin mevsim koşulları itibariyle plan yapımında yetersiz olduğu, dava konusu planların üst ölçekli planı olan 1/100.000 ölçekli çevre düzeni planına karşı açılan davada yürütmenin durdurulmasına karar verildiği ve dava konusu planların revizyon plan olmayıp yeniden yapılan planlar netliğini taşıdığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istenilmektedir.*

* Gönderen: Av. Nesin Kayserilioğlu

Karar veren Konya 1. İdare Mahkemesi'nce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14'üncü maddesi uyarınca dava dilekçesi ve ekleri incelenerek işin gereği görüşüldü.

Dava, Karaman İli, 1. parselinde bulunan davacının mülkiyetindeki taşınmazı da kapsayan alanda 13/06/2012 tarih ve 211 sayılı Karaman elidey Meclisi kararı ile gerçekleştirilen 1/1000 öhlçekli revizyon ve ilave uygulama imar planı ile Y. Mahallesi, tapunun ... ada ... parselinde bulunan ve davacının mülkiyetindeki taşınmazı kapsayan alanda 13/06/2012 tarih ve 215 sayılı Karaman Belediye Meclisi kararı ile yapılan 1/1000 ölçekli revizyon ve ilave uygulama imar planının anılan taşınmazlara yönelik kısımlarının, bahsi geçen 215 sayılı meclis kararı ile onaylanan imar planınının 1449 adadaki G.Parkı'nın kısmen otoparka çevrilmesine ilişkin bölümlerin ve Alparslan Türkeş Bulvarı - ŞOU Caddesi - 946. Sokak Şehit Hamza Çetin Caddesi ile çevrili Yunuskent Mahallesi sınırları içerisinde kalan tüm ada ve parsellerde yapılan kat artışları ile ilgili bölümlerinin, 13/06/2012 tarih ve 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216 ve 217 sayılı meclis kararları ile onaylanan 1/1000 ilçekli revizyon ve ilave uygulama imar planları bölgesinde kalan tüm adalarda bulunan köşe - parseller yönünden yapılan köşe kırmalarının, Karaman İl Merkezi'ne yönelik olarak 13/06/2012 tarih ve 208 sayılı meclis kararı ile kabul edilen 1/5000 ölçekli revizyon ve ilave nazım imar planı ile plan notlarının bahsi geçen taşınmazlara yönelik kısımlarının ve anılan imar planlarına karşı yapılan itirazların reddine yönelik 08/10/2012 tarih ve 271 sayılı işlemin 09/10/2012 tarih ve 295 sayılı işlemin ve 10/10/2012 tarih ve 329 sayılı işlemin iptalleri istemiyle açılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'un "Dava Açma Süresi" başlıklı 7. maddesinde, dava açma süresinin özel kanunlarında aynı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve İdare Mahkemelerinde altmış gün olduğu; ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresinin, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı; yine aynı Yasanın "Üst Makamlara Başvurma" başlıklı 11. maddesinde, ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce idariişlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği, bu başvurunun işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı, altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı kurala bağlanmıştır.

Özel Kanun olan 3194 sayılı İmar Kanunu'nun "Planların hazırlanması ve yürürlüğe konulması" başlıklı 8. maddesinin (b) bendinde ise

"İmar Planları; Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planından meydana gelir. Mevcut ise bölge planı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, belediye sınırları içinde kalan yerlerin nazım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır. Belediye meclisince onaylanarak yürürlüğe girer. Bu planlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde bir ay süre ile ilan edilir. Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. Belediye Başkanlığı'nca belediye meclisine gönderilen itirazlar ve planları belediye meclisi on beş gün içinde inceleyerek kesin karara bağlar." hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin 3. fıkrasında da, onaylanmış planlarda yapılacak değişikliklerin de yukarıdaki usullüre tabi olduğu belirtilmiştir.

Anılan maddelerin birlikte değerlendirilmesinden, imar planlarına karşı 2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesi kapsamında başvuru için özel bir Kanun olan 3194 sayılı Yasa'nın 8/b maddesi ile özel bir itiraz süresi getirildiği anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında, imar planlarına karşı, bir aylık askı süresi içinde 2577 sayılı Yasa'nın8 11. maddesi kapsamında başvuruda bulunulması ve bu başvuruya idari dava açma süresinin aşlangıç tarihi olan son ilan tarihinden itibaren 60 gün içinde cevap verilmeyerek isteğin reddedilmiş sayılması halinde bu tarihi takip eden 60 günlük dava açma süresi içinde veya son ilan tarihinden 60 gün içinde cevap verilmek suretiyle istiğin reddedilmesi halinde bu cevap tarihinden itibaren 60 günlük dava açma süresi içinde idari dava açılabileceği sonucuna varılmaktadır. Diğer taraftan, planın uygulaması niteliğinde (imar durum belgesi, parselasyon v.s.) idarece işlem tesis edilmesi halinde de davacı tarafından yukarıda belirtilen ilan sürelerine bağlı kalınmaksızın planın iptalinin istenebileceği tartışmasızdır.

Dava dosyasının incelenmesinden; uyuşmazlık konusu imar planlarının 02/07/2012 - 02/08/2012 tarihleri arasında askıya çıkartılmak suretiyle ilan edildiği, davacı tarafından askı süresi içerisinde 31/07/2012 tarih ve 7847 kayıt numaralı dilekçeyle imar planlarının bahsi geçen kısımlarına itirazda bulunulduğu, yapılan itirazın ilgili işlemlerle reddi üzerine 14/01/2013 tarihinde kayda giren dilekçe ile bakılmakta olan davacının açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, davacı tarafından plan değişikliklerine karşı askı süresi içerisinde itiraz edilmiş olduğundan, askı ilan süresinin son günü olan 02/08/2012 tarihinden itibaren 60 günlük yasal süre içerisinde itiraza cevap verilmemiş olması nedeniyle, sözü edilen itirazın 01/10/2012 tarihinde zımnen reddedilidği kabul edilerek, bu tarihi takip eden 60 gün içerisinde (en son 2012 tarihinde) dava açılması gerekmekte iken bu süre ge-

çildikten sonra itirazın reddine ilişkin belediye meclis kararlarının tebliği üzerine 14.01.2013 tarihinde açılan davanın, süreaşımı nedeniyle esastan incelenmesine olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15'nci maddesinin 1/b bendi hükmü uyarınca süre aşımı yönünden davanın reddine, aşağıda dökümü yapılan 65,20 TL yargılama giderinin davacı üzerined bırakılmasına, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmemesi nedeniyle tahsil edilip kullanılmayan 40,00 TL YD harcının istemi halinde ve artan posta avansının hükmün kesinleşmesinden sonra davacıya iadesine, kararın tebliğini izleyen günden itibarez otuz (30) gün içerisinde Danıştay'a temyiz yolu açık olmak üzere 01/02/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY 6. DAİRE E:2013/3736 K:2014/4186

DANIŞTAY ONAMA KARARI

İstemin Özeti: Karaman İli, Ahiosman Mahallesi, ... ada, ... parsel sayılı davacının mülkiyetindeki taşınmazı da kapsayan alanda 13/06/2012 tarihli, 211 sayılı Karaman Belediye Meclisi kararı ile kabul edilen 1/1000 ölçekli revizyon ve ilave uygulama imar planı ile Y. Mahallesi, ... ada, 1 sayılı davacının mülkiyetindeki parseli de kapsayan alanda 13/06/2012 tarihli, 215 sayılı Karaman Belediye Meclisi kararı ile yapılan 1/1000 ölçekli revizyon ve ilave uygulama imar planının anılan taşınmazlara yönelik kısımlarının, bahsi geçen 215 sayılı meclis kararı ile onaylanan imar planının ... adadaki G.Parkı'nın kısmen otaparka çevrilmesine ilişkin kısmının ve A. Bulvarı - ŞOU Caddesi - 946. Sokak ŞHÇ Caddesi ile çevrili Y. Mahallesi sınırları içerisinde kalan tü ada ve parsellerde yapılan kat artışları ile ilgili bölümlerinin, 13/06/2012 tarihli, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216 ve 217 sayılı meclis kararları ile onaylanan 1/1000 ölçekli revizyon ve ilave uygulama imar planları bölgesinde kalan tüm adalarda bulunan köşe parseller yönünden yapılan köşe kırmalarının, Karaman İl Merkezi'ne yönelik olarak 13/06/2012 tarihli, 208 sayılı meclis kararı ile kabul edilen 1/5000 ölçekli revizyon ve ilave nazım imar planı ile plan notlarının bahsi geçen taşınmazlara yönelik kısımlarının ve anılan imar planlarına karşı yapılan itirazların reddine yönelik 08/10/2012 tarihli, 271 sayılı, 09/10/2012 tarihli, 295 sayılı ve 10/10/2012 tarihli, 329 sayılı meclis kararararının iptalleri istemiyle açılan davanın süreaşımı nedeniyle reddi yolunda Konya 1. İdare Mahkemesince verilen 01/02/2013 tarihli, E: 2013/102, K: 2013/98 sayılı kararı, usul ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tekkik Hakimi:

Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi ile mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tekkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

İdare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenerek bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin bulunması halinde mümkündür.

Konya 1. İdare Mahkemesince verilen 01/02/2013 tarihli E:2103/102, K:2013/98 sayılı karar ve dayandığı gerekçe hukuk ve usule uygun olup, bozulmasını gerektirecek bir sebep bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın **ONANMASINA,** dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 15 gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 29/05/2014 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

DANIŞTAY KARAR DÜZELTME İLAMI

DAVA AÇMA HAKKI • İDARENİN RET CEVABI

ÖZET: Bu değerlendirmeler ışığında, ilgilinin imar planlarına askı süresi içinde yapmış olduğu itirazın yanıtlanmayarak reddi üzerine süresi içinde dava açabileceği gibi, zımni ret işlemi yerine idarece sonradan tesis edilecek ve idarenin gerçek iradesini ortaya koyan işleme karşı da dava açma süresi içerisinde dava açabilmesi mümkündür.

Dnş. 6. D. E:2014/7721 K:2016/3364

İstemin Özeti: Danıştay Altıncı Dairesince verilen 29.05.2014 tarihli, E:2013/3736, K:2014/4186 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Karar düzeltme isteminin reddigerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi:

Düşüncesi: Kararın düzeltilmesi isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tekkik Hakiminin açıklamaları dinlentikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanınunun 54. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine göre kararın düzeltilmesi istemi yerinde görüldüğünden Dairemizin 29.05.2014 tarihli, E:2013/3736, K:2014/4186 sayılı kararı kaldırılarak işin esası incelendi:

Dava, Karaman İli, Ahiosman Mahallesi, ... ada, 1 parsel sayılı davacının mülkiyetindeki taşınmazı da kapsayan alanda 13/06/2012 tarihli, 211 sayılı Karaman Belediye Meclisi kararı ile kabul edilen 1/1000 ölçekli revizyon ve ilave uygulama imar planı ile Y. Mahallesi, 1415 ada, 1 sayılı davacının mülkiyetindeki parseli de kapsayan alanda 13/06/2012 tarihli, 215 sayılı Karaman Belediye Meclisi kararı ile yapılan 1/1000 ölçekli revizyon ve ilave uygulama imar planının anılan taşınmazlara yönelik kısımlarının, bahsi geçen 215 sayılı meclis kararı ile onaylanan imar planının 1449 adadaki G. Parkı'nın kısmen otaparka çevrilmesine ilişkin kısmının

ve A. Bulvarı - Şehiz Oğuz Ünal Caddesi - 946. Sokak ŞHC Caddesi ile çevrili Y. Mahallesi sınırları içerisinde kalan tü ada ve parsellerde yapılan kat artışları ile ilgili bölümlerinin, 13/06/2012 tarihli, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216 ve 217 sayılı meclis kararları ile onaylanan 1/1000 ölçekli revizyon ve ilave uygulama imar planları bölgesinde kalan tüm adalarda bulunan köşe parseller yönünden yapılan köşe kırmalarının, Karaman İl Merkezi'ne yönelik olarak 13/06/2012 tarihli, 208 sayılı meclis kararı ile kabul edilen 1/5000 ölçekli revizyon ve ilave nazım imar planı ile plan notlarının bahsi geçen taşınmazlara yönelik kısımlarının ve anılan imar planlarına karşı yapılan itirazların reddine yönelik 08/10/2012 tarihli, 271 sayılı, 09/10/2012 tarihli, 295 sayılı ve 10/10/2012 tarihli, 329 sayılı meclis kararararının iptalleri istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, uyuşmazlık konusu imar planlarının 02/07/2012 - 02/08/2012 tarihleri arasında aksıya çıkartılmak suretiyle ilan edilidği, davacı tarafından askı süresi içinde 31/07/2012 tarihli, 7847 kayıt munarası dilekçeyle imar planlarının bahsi geçen kısımlarına itirazda bulunulduğundan, askı ilan süresinin son günü olan 02/08/2012 tarihinden itibaren 60 günlük süre içinde itiraza cevap verilmemiş olması nedeniyle itirazın 01/10/2012 tarihinde kıznen reddedildiği kabul edilerek, bu tarihi takip eden 60 gün içinde (en son 30.11.2012 tarihinde) dava açılması gerekmekte iken, bu süre geçirildikten sonra itirazın reddine ilişkin belediye meclisi kararlarının tebliği üzerine 14.01.2013 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlıklı 11. maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu ifade edilmiş; "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde de: "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmüne yer verilmiş; Anayasanın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 40. maddesine 4709 sayılı Kanunun 16. maddesiyle eklenen ikinci fıkrada ise; "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." kuralı yer almış, bu ek fıkranın gerekçesinde ise: "Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkan sağlanması amaçlanmış, son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak, arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir." açıklaması yapılmıştır.

Bu bağlamda, Anayasanın "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" başlıklı 90. maddesinin son fıkrasında: Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa aykırılık iddiası ile ANayasa mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07.05.2004 günlü, 5170 sayılı Yasanın 7. maddesi) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." hükmü getirilmiştir. Bu hüküm ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların iç hukuk sistemine yansıtılma yöntemi belirlenmiştir. Buna göre, bu andlaşmalardan temal hak ve özgürlüklere ilişkin olarlarla yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda uluslararası andlaşma kurallarının esas alınması anayasal bir gerekliliktir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (Sözleşme, AİHS) 6/1. maddesinde: "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir." kuralı yer almıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 36533/04 başvuru Mesutoğlu-Türkiye kararında özetle; mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını, bazı sınırlamalara tabi olabildiğini, ununla birlikte, getirilen kısıtlamaların, hakkın özünü ortadan kaldıracak ölçüde, kişinin mahkemeye erişimini engellememesi gerektiğini, mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür sınırlamaların ancak meşru bir amaç güdüldüğü takdirde ve hedeflenen amaç ile başvuruların araçlar arasında makul bir orantı olması halinde Sözleşmenin 6/1. maddesi ile bağdaşabileceğini, bu ilkelerden, dava açma hakkının doğal olarak yasayla belirlenen şartları olmakla birlikte mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine halel getirecek kadar abartılı şekilcilikten, öte yandan, kanunla öngörülmüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevşeklikten kaçınmaları gerektiği belirtilmiştir.

Anayasa'nın "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesinin 3. fıkrasında: "İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar." hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 74. maddesi, idareye başvurulara "yazılı" yanıt verme yükümlülüğü getirmektedir. 74. maddenin II. fıkrasına göre, "kendileriyle ilgili başvurmaların sonucu, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir." hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinde, dava açma süresinin özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış gün olduğu, ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava açma süresinin ilan tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı belirtilmiştir.

2577 sayılı Kanunun "Üst makamlara başvurma" başlıklı 11. maddesinde:

1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse isek redderilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır." hükmü yer almıştır.

3194 sayılı İmar Kanunun "Planların hazırlanması ve yürürlüe konulması" başlıklı 8. maddesinin (b) bendinde: "İmar Planları; Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planından meydana gelir. Mevcut ise bölge planı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, belediye sınırları içind kalan yerlerin nazım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır. Belediye meclisince onaylanarak yürürlüğe girer. Bu planlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak ilan edilir. Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. Belediye başkanlığınca belediye meclisine gönderilen itirazlar ve planları belediye meclisi onbeş gün içinde inceleyerek kesin karara bağlar." kuralı Ayrıca 5393 sayılı Belediye Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasında, belediye meclisinin, her ayın ilk haftası, önceden kararlaştırdığı günde toplanacağı, 5675 sayılı Yasanın 3. maddesiyle eklenen fıkrasında

ise: "Belediye başkanı, acil durumlarda lüzum görmesi halinde belediye meclisini bir yılda üç defadan fazla olmamak ve her toplantı bir birleşimi geçmemek üzere toplantıya çağırır. Olağanüstü toplantı çağrısı ve gündem en az üç gün önceden meclis üyelerine yazılı olarak duyurulur ve ayrıca mutat usullerle ilan edilir. Olağanüstü toplantılarda çağrıyı gerektiren konuların dışında hiçbir konu görüşülemez." kuralı bulunmaktadır.

Uygulamada, 3194 sayılı Yasanın 8. maddesine göre belediye meclisince onaylanarak yürürlüğe giren ve askıya çıkarılan planlara yapılan itirazları ve planları, belediye meclisinin, kendisine gönderildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde inceleyerek karar vermesi ve belediye meclisinin yasal olarak olağan ve olağanüstü yapabilecekleri toplantıları dikkate alındığında, itirazlar hakkında belediye meclisi tarafından 2577 sayılı Yasanın 11. maddesine göre oluşan zımnı ret süresi içerisinde karar oluşturulması ve tebliğ edilmesinin özellikle kapsamlı planlarda her zaman için mümkün olmadığı görülmektedir.

Esasen, 2577 sayılı Yasada yer alan kurallar idari usulü belirleyen kurallar olmayıp, yargılama usulünün berilerlesine ilişkin kurallardır. Yargılama usulünde, dava açılmadan önce idari yoldan işlemin idare bünyesinde ilgili yönünden yeniden değerlendirilmesine olanak sağlayan ve dava açılmasını idarenin bu değerlendirme sonucuna bağlayan ve bunu dava açma süresi ile ilişkilendiren Yasanın 10, 11, 12, 13. maddesindeki gibi kurallar yer almaktadır. Bu kapsamda yapılacak başvurulara cevap verilmemesi hali ise, dava açma süresine yönelik olarak oluşturulmuştur.

Yukarıdaki hükümler uyarınca mülkiyet hakkı kapsamında askı tarihleri arasında 2577 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca imar planlarına itirazda bulunulması üzerine; anılan itiraza ilişkin başvurunun Anayasanın 40. maddesi uyarınca yetkili makama geciktirilmeden ulaştırılması ve 74. maddesi uyarınca başvurunun sonucunun gecikmeksizin ilgiliye bildirilmesi gerekmekte olup; ilgilinin haklarının zımni ret süresi ile sınırlandırılması yukarıda yer verilen yasal düzenlemelere uygun görülmemiştir.

Dava açma süresi içinde idareye yapılan başvurunun, altmış gün içinde yanıtlanmaması durumunun zımni ret sayılması, idarenin keyfi olarak vatandaşın başvurusunu bekletmesine karşı getirilmiş bir güvence olup, idarenin yanıt verme yükümlülüğünü kaldıran bir durum değildir.

Zımni ret sonunda dava açma hakkını kullanmayan birinin, idarenin sonradan vermiş olduğu ret cevabı üzerine dava açma hakkını kullanması Anayasa'nın 74 ve 125. maddelerinin vermiş olduğu hakkın bir gereğidir.

Zımni ret müessesesi, idarenin keyfi olarak cevap vermek suretiyle

dava açma hakkının engellenmesi nedeniyle getirilmiştir. İdari yargıda, idarenin iptal davası ile denetlenmesi esas olup, idarenin cevap vermemek suretiyle, hak arama özgürlüğünün kullanılmasına engel olunması zımni ret müessesi ile ortadan kaldırılmıştır.

Zımni ret süresi sonundan itibaren başlayan dava açma süresi geçtikten sonra idareden gelen açık cevap üzerine süresi içinde dava açılabilecek olup, Anayasanın 125. maddesinin üçüncü fıkrası gereği bu duruma herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.

2577 sayılı Kanunun "Üst makanlara başvurma" başlıklı 11. maddenin 3. bendinde "isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde" dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir. Burada "reddedilme" ve ya "reddedilmiş sayılma" durumu söz konusudur. Buradan anlaşılması gereken; idare dava açma süresi içinde yapılan başvuruya açıkça ret cevabı verebilir. Bu cevap dava açma süresini başlatır. Bu cevabın altmış günlük dava açma süresi içinde verilmemesi nedeniyle oluşan zımni retten sonra idarenin vermiş olduğu açık ret cevabının dava açma hakkı vermeyeceği şeklinde hükmü yorumlamak, hükmün bir kısmını uygulanamaz hale getirmektedir. Böyle yorumlandığında hükmün "veya" bağlacından önceki kısmının anlamı kalmamaktadır. İdari işleme karşı dava açmadan önce idareye başvuran kişilere Anayasanın 74. maddesine göre idarenin yanıt vermesi zorunlu olduğundan, idarenin açık yanıtının zımni ret süresi içinde gelmesi gerektiğine dair bir sınırlama madde metninde yer almamaktadır. Madde metni bu yorumda bulunulmayacak kadar açıktır.

Dava açma süresi içinde yapılan başvuruya idarenin altmış içinden cevap vermemek nedeniyle oluşan zımni retten sonra dava açma hakkı olduğunu bilmeyen, idareye olan güven nedeniyle idarenin cevap vermesini bekleyen kişiye zımni ret süresinden sonra idarece verilen ret cevabı üzerine dava açma hakkı veren 2577 sayılı yasanın 11. maddesi hak arama özgürlüğünün bir gereğidir.

Buna göre, idarenin Anayasadan doğan yükümlülüğünü zamanında yerine getirmeyerek, 2577 sayılı kanunun 11. maddesinde belirtilen sürenin geçmesinden sonra başvurunun ilgili makama ulaştırılmasından veya başvurunun sonucunun süresinden sonra ilgiliye bildirilmesinden odğan sorumluluğu başvuru sahibine yüklemek mümkün değildir. Başvuruya, yetkili organ tarafından sonradan verilen cevap üzerine, ilgilisinin cevabın tebliğinden itibaren süresi içerisinde dava açabileceği açıktır.

Aksine bir yaklaşım idarenin zımni ret süresi geçtikten sonra ve bu sürenin geçtiğini bile bile kendiliğinden tesis etmiş olduğu bu işlemi, dava konusu edilebilecek nitelikte işlem olma özelliğinden çıkarır ki, bir hukuk devletinde bu yaklaşımın, mülkiyet hakkına ilişkin işlemin sonuçları da dikkate alındığında kabulü uygun görülmemiştir.

Bu değerlendirmeler ışığında, ilgilinin imar planlarına askı süresi içinde yapmış olduğu itirazın yanıtlanmayarak reddi üzerine süresi içinde dava açabileceği gibi, zımni ret işlemi yerine idarece sonradan tesis edilecek ve idarenin gerçek iradesini ortaya koyan işleme karşı da dava açma süresi içerisinde dava açabilmesi mümkündür.

Uyuşmazlığa konu olayda, taşınmazı ile ilgili olarak imar planına askı tarihleri içinde itiraz eden davacının; davalı idare tarafından itirazın reddine dair 08/10/2012, 09/10/2012, 10/10/2012 tarihli, 271, 295, 329 sayılı meclis kararlarının Karaman Belediye Başkanlığının 07/11/2012, 02/11/2012, 02/11/2012 tarihli, 2706, 2639, 2676 sayılı yazıları ile kendisine 13/11/2012 tarihinde bildirilmesi üzerine, dava açma süresi içinde 14/01/2013 tarihinde görülen davayı açtığı anlaşıldığından, davanın süre aşımı yönünden reddi yolundaki mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, İdare Mahkemesince verilen 01/02/2013 tarihli, E.2013/102, K:2013/98 sayılı kararının **BOZULMASINA,** dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 30/05/2016 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

YARARLI BİLGİLER

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR						
AYLAR	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**
Ocak	8.89	11.11	5.33	5.22	9.59	5.50
Şubat	9.23	10.96	4.72	6.11	8.79	5.61
Mart	9.36	10.79	4.23	6.95	8.03	5.64
Nisan	9.17	10.72	3.74	7.89	7.36	5.47
Mayıs	9.21	10.57	3.27	8.66	6.98	5.19
Haziran	9.42	10.24	3.18	9.03	6.74	4.91
Temmuz	9.59	9.88	3.23	9.26	6.43	4.77
Ağustos	9.76	9.33	3.39	9.55	6.14	
Eylül	10.03	8.60	3.58	9.84	5.92	
Ekim	10.26	7.80	3.93	10.11	5.58	
Kasım	10.72	6.98	4.10	10.32	5.33	
Aralık	11.09	6.09	4.48	10.25	5.28	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2012	2013	2014	2015	2016	2012	2013	2014	2015	2016
Ocak	0.38	0.18	3.32	0.33	0.55	0.56	1.65	1.98	1.10	1.82
Şubat	-0.09	0.13	1.38	1.20	-0.20	0.56	0.30	0.43	0.71	- 0.02
Mart	0.36	0.81	0.74	1.05	0.40	0.41	0.66	1.13	1.19	- 0.04
Nisan	0.08	-0.51	0.09	1.43	0.52	1.52	0.42	1.34	1.63	0.78
Mayıs	0.53	1.00	-0.52	1.11	1.48	-0.21	0.15	0.40	0.56	0.58
Haziran	-1.49	1.46	0.06	0.25	0.41	-0.90	0.76	0.31	-0.51	0.47
Temmuz	-0.31	0.99	0.73	-0.32	0.21	-0.23	0.31	0.45	0.09	1.16
Ağustos	0.26	0.04	0.42	0.98		0.56	-0.10	0.09	0.40	
Eylül	1.03	0.88	0.85	1.53		1.03	0.77	0.14	0.89	
Ekim	0.17	0.69	0.92	-0.20		1.96	1.80	1.90	1.55	
Kasım	1.66	0.62	-0.97	-1.42		0.38	0.01	0.18	0.67	
Aralık	0.12	1.11	-0.76	-0.33		0.38	0.46	-0.44	0.21	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2012	2013	2014	2015	2016	2012	2013	2014	2015	2016
Ocak	0.38	1.88	3.32	0.33	0.55	0.56	1.65	1.98	1.10	1.82
Şubat	0.29	0.31	4.75	1.53	0.34	1.13	1.95	2.41	1.82	1.80
Mart	0.65	0.50	5.52	2.60	0.75	1.55	2.63	3.57	3.03	1.75
Nisan	0.73	-0.01	5.61	4.06	1.27	3.09	3.06	4.96	4.71	2.55
Mayıs	1.27	0.99	5.06	5.22	2.77	2.87	3.21	5.38	5.30	3.15
Haziran	-0.24	2.46	5.12	5.49	3.19	1.95	4.00	5.70	4.76	3.63
Temmuz	-0.56	3.48	5.89	5.15	3.41	1.71	4.32	6.18	4.85	4.84
Ağustos	-0.30	3.52	6.33	6.19		2.28	4.21	6.28	5.27	
Eylül	0.72	4.43	7.24	7.81		-3.34	5.01	6.43	6.21	
Ekim	0.90	5.15	8.22	7.59		5.36	6.90	8.45	7.86	
Kasım	2.58	5.80	7.18	6.06		5.76	6.91	8.65	8.58	
Aralık	2.45	6.97	6.36	5.71		6.16	7.40	8.17	8.81	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2012	2013	2014	2015	2016	2012	2013	2014	2015	2016
Ocak	11.13	1.88	10.72	3.28	5.94	10.61	7.31	7.75	7.24	9.58
Şubat	9.15	1.84	12.40	3.10	4.47	10.43	7.63	7.89	7.55	8.78
Mart	8.22	2.30	12.31	3.41	3.80	10.43	7.29	8.39	7.61	7.46
Nisan	7.65	1.70	12.98	4.80	2.87	11.14	6.13	9.38	7.91	6.57
Mayıs	8.06	2.17	11.28	6.52	3.25	8.28	6.51	9.66	8.09	6.58
Haziran	6.44	5.23	9.75	6.73	3.41	8.87	8.30	9.16	7.20	7.64
Temmuz	6.13	6.61	9.46	5.62	3.96	9.07	8.88	9.32	6.81	8.79
Ağustos	4.56	6.38	9.88	6.21		8.88	8.17	9.54	7.14	
Eylül	4.03	6.23	9.84	6.92		9.19	7.88	8.86	7.95	
Ekim	2.57	6.77	10.10	5.74		7.80	7.71	8.96	7.58	
Kasım	3.60	5.67	8.36	5.25		6.37	7.32	9.15	8.10	
Aralık	2.45	6.97	6.36	5.71		6.16	7.40	8.17	8.81	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
AYLAR	**ÜFE**					**TÜFE**				
	2012	**2013**	**2014**	**2105**	**2016**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**
Ocak	11.11	5.33	5.22	9.59	5.50	6.95	8.62	7.53	8.80	7.87
Şubat	10.96	4.72	6.11	8.79	5.61	7.48	8.33	7.60	8.77	7.97
Mart	10.79	4.23	6.95	8.03	5.64	8.02	8.08	7.70	8.70	7.96
Nisan	10.72	3.74	7.89	7.36	5.47	8.59	7.66	7.97	8.57	7.84
Mayıs	10.57	3.27	8.66	6.98	5.19	8.68	7.51	8.23	8.45	7.71
Haziran	10.24	3.18	9.03	6.74	4.91	8.89	7.47	8.31	8.28	7.74
Temmuz	9.88	3.23	9.26	6.43	4.77	9.11	7.47	8.35	8.07	7.91
Ağustos	9.33	3.39	9.55	6.14		9.29	7.42	8.46	7.88	
Eylül	8.65	3.58	9.84	5.92		9.53	7.32	8.54	7.80	
Ekim	7.80	3.93	10.11	5.58		9.53	7.32	8.65	7.69	
Kasım	6.98	4.10	10.32	5.33		9.26	7.39	8.80	7.61	
Aralık	6.09	4.48	10.25	5.28		8.89	7.49	8.85	7.67	

Tablolar Açıklaması:

28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 Sayılı Yasa, yargılama usulüne ilişkin önemli değişiklikler getirmiştir. İdari yargıda kanun yollarına ilişkin tür, süre ve sınır açısından bazı düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca adli yargıdaki basit yargılama usulüne benzer ivedi yargılama usulü getirilmiştir. Ticaret mahkemelerinde de tek hakimle ve kurul halinde görülme sınırı getirilmiştir.

Bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde kurulacağı daha önce Adalet Bakanlığı tarafından Resmi Gazete'de duyurulmuş idi.

Bölge adliye ve bölge idare mahkemeleri kurulduğunda ise süreler ve sınırlar açısından yeni duruma göre yargılama işleyecektir.

Ancak HMK'da istinaf ve temyizle ilgili Geçici 3. Maddenin mevcut halinde eski HUMK hükümlerine göre temyiz veya karar düzeltme kanun yoluna başvurulacak kararlar hakkında 20.07.2016 tarihinden önce "aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olma" kriteri benimsenmişken, TBMM'nde kabul edilen Kanun değişikliği ile 20.07.2016 tarihinden önce "verilmiş olma" kriteri getirilmiştir. Bu Kanun değişikliği henüz Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmemiştir.

İYUK'ta istinaf ve temyiz konusunda 20.07.2016 tarihinden önce "verilmiş olma" kriteri benimsenmiştir.

Dolayısıyla karar tarihi 20.07.2016 tarihinden önce olan ilamlarda eski süreler uygulanacağından Baro Dergisinde yayınlanan "BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SÜRELER" ve "BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SINIRLAR" tablolarının aynen şimdiki gibi en az bir yıl daha yayınlanmasında yarar bulunmaktadır.

Av. Celil Celik

Buradaki veriler bilgi amaçlı olup olası yanlışlıklardan dolayı sorumluluk kabul edilmez.

01.01.2016	BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SÜRELER								Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi
MAHKEME	**Cevap**	**Bilirkişi Raporuna İtiraz**	**İhtiyati Tedbir veya Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz**	**Temyiz**			**Tashih –i Karar**		**Temyiz veya Tashihi Karar Dilekçe Reddi Kararları Temyizi**
				Tefhim	**Tebliğ**	**Cevap**	**Tebliğ**	**Cevap**	
ASLİYE (Ticaret, Tüketici, Aile, Fikri Hukuk)	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15	10	15	15	7
SULH (Basit yargılama usulüne tabi davalarda duruşma gününe dek cevap verilebilir.)	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	8	10	15	15	7
İŞ	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	8	8	10	---	---	7
İCRA - Hukuk	İki Hafta	İki Hafta	---	10	10	10	10	10	7
İCRA - Ceza	Duruşma	İki Hafta	---	Bir Hafta	Bir Hafta	Bir Hafta	---	---	Bir Hafta
CEZA (Ağır Ceza, Asliye Ceza, Sulh Ceza, Fikri Ceza)	Duruşma	İki Hafta	---	Bir Hafta	Bir Hafta	Bir Hafta	1 Ay (C.Sav.)	---	Bir Hafta
İDARİ YARGI Normal Yargılama Usulü (İdarede 60 Vergide 30 gün içinde dava açılır.)	30	İki Hafta	7	---	30	30	15	30	7
İDARE İvedi Yargılama Usulü (İdareye müracaat etmeksizin 30 gün içinde dava açılır. İstinaf ve karar düzeltme yoktur.)	15	İki Hafta	---	---	15	15	---	---	7
İDARE Merkezî ve ortak sınavlara ilişkin Yargılama Usulü (İdareye müracaat etmeksizin 10 gün içinde dava açılır. İstinaf ve karar düzeltme yoktur.)	3	----	----	----	5	5	---	---	7

01.01.2016	BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SINIRLAR					Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi
YILLAR	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Hukuk Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik sınırı 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427. maddesinin 2. fıkrası. Fıkranın ilgadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 1.000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlemiştir. 1086 geçici m.2 ve m.3, 6100 geçici m.3, 5521 geçici m.1	1.540, 00	1.690, 00	1.820, 00	1.890, 00	2.080,00	2.190,00
Hukuk Mahkemeleri Murafaa sınırı 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427 maddesinin 5. fıkrasının atıf yaptığı 438. maddesi. Maddenin ilgadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 10.000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlemiştir. 1086 geçici m.2, 6100 geçici m.3	15.620, 00	17.220, 00	18.560, 00	19.280, 00	21.220,00	22.400,00
Hukuk Mahkemeleri Tashih -i Karar sınırı 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427 maddesinin 5. fıkrasının atıf yaptığı 440. maddesi. Maddenin ilgadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 6000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlenmiştir. 1086 geçici m.2, 6100 geçici m.3	9.350, 00	10.300, 00	11.100, 00	11.530, 00	12.690,00	13.390,00
İcra Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik sınırı 2004 sayılı kanunun 5311 sayılı kanunla ilga edilen 363. maddesi. Maddenin ilgadan önceki şeklinde 30.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4949 sayılı kanunun 101. maddesiyle sınır (2003 yılı için) 2000TL idi. Aynı tarihte yürürlüğe giren aynı kanunun 102. maddesi (2004 ek m.1) de, bu oranın 2003 yılından sonra her yıl yeniden değerleme oranına göre artırılacağını düzenlenmiştir. 2004 geçici m.7	4.420, 00	4.870, 00	5.240, 00	5.440, 00	5.980,00	6.310,00

Tablonun devamı

01.01.2016		BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SINIRLAR					Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi
YILLAR		2011	2012	2013	2014	2015	2016
Sulh Hukuk / Asliye Hukuk Görev sınırı 1086 m.8 ve ek m.4, 6100 m.4		7.780, 00 01.10.2011'den sonra Asliye Hukuk	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.
Ticaret Mahkemeleri Tek Hâkimle/Kurul halinde Görülme sınırı (5235 m.5)					300.000, 00	30.000,00	30.000,00
İdari Yargıda (İdare ve Vergi) Tek Hâkimle/Kurul halinde görülme, İtiraz/Temyiz ve Duruşa İsteme sınırı 2576 m.7 ve ek m.1, 2577 m.17, 45, 47 ve ek m.1, 05.07.2012 yürürlük tarihli 6352 sayılı kanun m.50 ve m.55 ile sınır (2012 yılı için) 25.000TL olarak belirlenmiştir.		8.380, 00	9.230, 00 05.07.2012'den sonra 25.000, 00	26.950, 00	28.000, 00	30.000,00	31.000,00
İlçe Tüketici Hakem Heyetleri Görev sınırı (6502 m.68) 28.05.2014 sonra görev sınırı içinde kalan tüm hakem heyeti kararları kesindir, ilam niteliğindedir.		1.031, 87 (Kesinlik)	1.161, 67 (Kesinlik)	1.191, 52 (Kesinlik)	1.272, 19 28.05.2014 sonrası < 2.000, 00	< 2.200,00	2.320,00
İl Tüketici Hakem Heyetleri Görev sınırı (6502 m.68) 28.05.2014 sonra görev sınırı içinde kalan tüm hakem heyeti kararları kesindir, ilam niteliğindedir.		2.693, 78	3.032, 65	3.110, 58	3.321, 17 28.05.2014 sonrası < 3.000, 00	< 3.300,00	3.480,00
Senetle / Tanıkla İspat sınırı 1086 m.288 ve ek m.4, 6100 m.200		590, 00 01.10.2011'den sonra 2.500, 00	2.500, 00	2.500, 00	2.500, 00	2.500,00	2.500,00
Yıllık Kıdem Tazminatı Tavan Miktarı İlk altı ay ve Son altı ay		2.623, 23 2.731, 85	2.917, 27 3.033, 98	3.129, 25 3.254, 44	3.438, 22	3.438,22 3.709,98 3.828,37	4.092,53
Ceza Mahkemeleri para cezaları Temyiz / Kesinlik sınırı 1412 m.305, 5320 m.8, Anayasa mahkemesinin 2006/65 Esas 2009/114 Karar sayılı 23.07.2009 tarihli kararı, 5320 sayılı kanunun 14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren geçici 2. maddesi,	**Beraat>**	10.000, 00	10.000, 00	10.000, 00	10.000, 00	10.000,00	10.000,00
	Mahkûmiyet>	Sınır yok 14.04.2011'den sonra 3.000, 00	3.000, 00	3.000, 00	3.000, 00	3.000,00	3.000,00
İdari para cezalarına karşı başvuru üzerine Sulh Ceza mahkemesi İtiraz / Kesinlik sınırı 5326 m.28 f.10, 6217 m.27		2.000, 00 14.04.2011'den sonra 3.000, 00	3.000, 00	3.000, 00	3.000, 00	3.000,00	3.000,00

1086, 2004, 2576, 2577 ve 6502 sayılı kanunlardaki sınırlar, her yıl için bir önceki yılın kasım ayında ilan edilen Yeniden Değerleme Oranına göre yeniden belirlenir. Ancak 1086, 2004 ve 6502 sayılı kanunlarda on lirayı 2576 ve 2577 sayılı kanunlarda ise bin lirayı aşmayan küsurlar dikkate alınmaz. 6100, 5521 ve 5235 sayılı kanunlarda ise parasal sınırların arttırılacağı yönünde bir düzenleme olmadığından bu kanunlardaki sınırlar yürürlük tarihinden sonraki seneler için de aynen uygulanır.

01.01.2016	BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KURULDUĞUNDA SÜRELER									Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi
MAHKEME	Cevap / Cevaba Cevap / İkinci Cevap	Bilirkişi Raporuna İtiraz	İhtiyati Tedbir veya Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz	İstinaf			Temyiz			İstinaf veya İtiraz veya Temyiz veya Tashihi Karar Dilekçe Reddi Kararı Temyizi
				Tefhim	Tebliğ	Cevap	Tefhim	Tebliğ	Cevap	
ASLİYE (Ticaret, Tüketici, Aile, Fikri Hukuk)	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	---	2 Hafta	2 Hafta	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta
SULH (Basit yargılama usulüne tabi davalarda duruşma gününe dek cevap verilebilir)	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	---	2 Hafta	2 Hafta	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta
İŞ	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	8	8	2 Hafta	---	8	2 Hafta	1 Hafta
İCRA - Hukuk	2 Hafta	2 Hafta	---	10	10	---	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta
İCRA - Ceza	Duruşma	Duruşma	---	7	7	---	---	7	7	7
CEZA (Ağır, Asliye, Sulh, Fikri)	Duruşma	Duruşma	---	7	7	7	7 (5271 m.291 f.2)	7	7	7
İDARİ YARGI Normal Yargılama Usulü (İdarede 60 Vergide 30 gün içinde dava açılır.)	30	2 Hafta	7	---	30	30	---	30	30	1 Hafta
İDARİ YARGI İvedi Yargılama Usulü (İdareye müracaat etmeksizin 30 gün içinde dava açılır. İstinaf yoktur.)	15	2 Hafta	---	---	---	---	---	15	15	1 Hafta
İDARE Merkezî ve ortak sınavlara ilişkin Yargılama Usulü (İdareye müracaat etmeksizin 10 gün içinde dava açılır. İstinaf ve karar düzeltme yoktur.)	3	---	---	---	---	---	---	5	5	1 Hafta

01.01.2016	BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KURULDUĞUNDA SINIRLAR					Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi
YILLAR	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Hukuk Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik sınırı 1086 mülga m.426A ve ek m.4, 6100 m.341	1.540, 00 01.10.2011'den sonra 1.500, 00	1.500, 00	1.500, 00	1.500, 00	1.500,00	1.500,00
Hukuk Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik sınırı 1086 mülga m.428 ve ek m.4, 6100 m.362	7.780, 00 01.10.2011'den sonra 25.000, 00	25.000, 00	25.000, 00	25.000, 00	25.000,00	25.000,00
Hukuk Mahkemeleri Temyizde Duruşma 1086 mülga m.438 ve Ek m.4, 6100 m.369	15.620, 00 01.10.2011'den sonra 60.000, 00	60.000, 00	60.000, 00	60.000, 00	60.000,00	60.000,00
İcra Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik sınırı 2004 m.363 ve ek m.1, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5311 sayılı kanunun 24. maddesiyle istinaf sınırı (2005 yılı için) 1.000TL olarak belirlenmiştir.	1.540, 00	1.690, 00	1.820, 00	1.890, 00	2.080,00	2.190,00
İcra Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik sınırı 2004 m.364 ve ek m.1, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5311 sayılı kanunun 25. maddesiyle temyiz sınırı (2005 yılı için) 10.000TL olarak belirlenmiştir.	15.620, 00	17.220, 00	18.560, 00	19.280, 00	21.220,00	22.400,00
İş Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik sınırı (5521 m.8)	1.000, 00	1.000, 00	1.000, 00	1.000, 00	1.000,00	1.000,00
İş Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik sınırı (5521 m.8)	5.000, 00	5.000, 00	5.000, 00	5.000, 00	5.000,00	5.000,00
Sulh Hukuk / Asliye Hukuk Görev sınırı 1086 m.8 ve ek m.4, 6100 m.4	7.780, 00 01.10.2011'den sonra Asliye Hukuk	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.
Ticaret Mahkemeleri Tek Hâkimle/Kurul halinde Görülme sınırı (5235 m.5)				300.000, 00	300.000,00	300.000,00
İdari Yargı İstinaf / Kesinlik sınırı (2577 m.45 ve ek m.1) 28.06.2014 yürürlük tarihli 6545 sayılı kanun m.19 ile sınır (2014 yılı için) 5.000TL olarak belirlenmiştir.				5000, 00	5000,00	5000,00

01.01.2016	BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KURULDUĞUNDA SINIRLAR				Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi	
YILLAR	2011	2012	2013	2014	2015	2016
İdari Yargı Temyiz / Kesinlik sınırı (2577 m.46 ve ek m.1) 28.06.2014 yürürlük tarihli 6545 sayılı kanun m.20 ile sınır (2014 yılı için) 100.000TL olarak belirlenmiştir.				100.000, 00	110.000,00	116.000,00
İdari Yargıda (İdare ve Vergi) Tek Hâkimle/Kurul halinde Görülme ve Duruşa İsteme sınırı 2576 m.7 ve ek m.1, 2577 m.17, 45 ve ek m.1, 05.07.2012 yürürlük tarihli 6352 sayılı kanun m.50 ve m.55 ile sınır (2012 yılı için) 25.000TL olarak belirlenmiştir.	8.380, 00	9.230, 00 05.07.2012'den sonra 25.000, 00	26.950, 00	28.000, 00	30.000,00	31.000,00
İlçe Tüketici Hakem Heyetleri Görev sınırı (6502 m.68) 28.05.2014 sonra görev sınırı içinde kalan tüm hakem heyeti kararları kesindir, ilam niteliğindedir.	1.031, 87 (Kesinlik)	1.161, 67 (Kesinlik)	1.191, 52 (Kesinlik)	1.272, 19 28.05.2014 sonrası < 2.000, 00	< 2.200,00	< 2.320,00
İl Tüketici Hakem Heyetleri Görev sınırı (6502 m.68) 28.05.2014 sonra görev sınırı içinde kalan tüm hakem heyeti kararları kesindir, ilam niteliğindedir.	2.693, 78	3.032, 65	3.110, 58	3.321, 17 28.05.2014 sonrası < 3.000, 00	< 3.300,00	< 3.480,00
Senetle / Tanıkla İspat sınırı 1086 m.288 ve ek m.4, 6100 m.200	590, 00 01.10.2011'den sonra 2.500, 00	2.500, 00	2.500, 00	2.500, 00	2.500,00	2.500,00
Yıllık Kıdem Tazminatı Tavan Miktarı İlk altı ay ve Son altı ay	2.623, 23 2.731, 85	2.917, 27 3.033, 98	3.129, 25 3.254, 44	3.438, 22	3.438,22 3.709,98 3.828,37	4.092,53
Ceza Mahkemeleri para cezaları İstinaf / Kesinlik sınırı 1412 m.305, 5320 m.8, Anayasa mahkemesinin 2006/65 Esas 2009/114 Karar sayılı 23.07.2009 tarihli kararı, 5320 sayılı kanunun 14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren geçici 2. maddesi, 5271 m.272 — **Beraat>**	10.000, 00	10.000, 00	10.000, 00	10.000,00	10.000,00 Bölge Adliye mahkemeleri kurulduğunda 500 gün	10.000,00 Bölge Adliye mahkemeleri kurulduğunda 500 gün
Mahkûmiyet>	2.000, 00 07.10.2010'den sonra Sınır yok	Sınır yok 14.04.2011'den sonra 3.000, 00	3.000, 00	3.000, 00	3.000,00	3.000,00
İdari para cezalarına karşı başvuru üzerine Sulh Ceza mahkemesi İtiraz / Kesinlik sınırı 5326 m.28 f.10, 6217 m.27	2.000, 00	2.000, 00 14.04.2011'den sonra 3.000, 00	3.000, 00	3.000, 00	3.000,00	3.000,00

1086, 2004, 2576, 2577 ve 6502 sayılı kanunlardaki sınırlar, her yıl için bir önceki yılın kasım ayında ilan edilen Yeniden Değerleme Oranına göre yeniden belirlenir. Ancak 1086, 2004 ve 6502 sayılı kanunlarda on lirayı 2576 ve 2577 sayılı kanunlarda ise bin lirayı aşmayan küsurlar dikkate alınmaz. 6100, 5521 ve 5235 sayılı kanunlarda ise parasal sınırların arttırılacağı yönünde bir düzenleme olmadığından bu kanunlardaki sınırlar yürürlük tarihinden sonraki seneler için de aynen uygulanır.

01.01.2015	FAİZ TABLOSU	Hazırlayan Bayrampaşa Belediyesi Av. Celil ÇELİK

Faizler, oran açısından **"Yasal Faiz"** ve **"Akdi Faiz"** olmak üzere ikiye ayrılırlar. Yasal faiz oranları, her alacağın mahiyetine göre mevzuatın belirlediği oranlardır. (6098 m.88 f.1, 3095 m.4, 6098 m.120 f.1, 6102 m.9) Mahiyeti açık olmayan alacaklarda faiz oranı kanuni (adi) faize göre belirlenir. (Örneğin 2004 m.118) Akdi faiz oranı ise sözleşmeyle belirlenir. Faizler, tür olarak ise **"Anapara faizi"** ve **"Temerrüt Faizi"** olmak üzere ikiye ayrılırlar. Anapara faizi, borçlu henüz temerrüde düşmeden ödenmesi gereken faizdir. Sözleşme uyarınca alacaklıya ait paranın faiz geliri elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde borçluda kalması üzerine faiz ödenmesi öngörülmüş ise anapara faizinden söz edilir. (Örneğin 6098 m.193 b.1, m.217 f.1 b.1, m.234, m.229 f.1 b.1, m.387 f.2, m.529 f.1, m.538 f.1, m.627 f.2, 6102 m.20) Anapara faizi, genellikle kredili, taksitli, vadeli vs. sözleşmelerde vade farkı adı altında alınır. Borçlu temerrüde düştüğünde ise ayrıca temerrüt faizi alınır. Anapara faizi temerrüt halinde anapara halini alır ve dolayısıyla temerrüt halinde anapara sayılan anapara faizi üzerinden ayrıca temerrüt faizi işletilir. Gerek anapara faizi ve gerek temerrüt faizi sürecinde, işleyen faizin belirli bir süre sonra anaparaya katılacağı ve oluşan yeni anapara üzerinden faiz işletilmesine devam edileceği kararlaştırılamaz. (3095 m.3, 6098 m.121 ve m.388 f.3) Sözleşmeyle kararlaştırılmış olsa bile faize faiz işletilmesi geçersizdir. İstisna olarak cari hesap sözleşmelerinde ve ayrıca iki tarafın tacir olduğu ödünç (karz) sözleşmelerinde sadece anapara sürecinde üç aydan aşağı olmamak üzere faize faiz işletilmesi kararlaştırılabilir. (6102 m.8 f.2) Faiz başlangıcı temerrüt tarihi olan alacaklarda temerrütten önceki döneme ilişkin faiz işletilemez.

Türk Borçlar kanununa ve Türk Ticaret Kanunu'na göre gerek adi alacaklarda ve gerek ticari alacaklarda ödenmesi gereken anapara faizlerinde kanuni (adi) faiz oranı uygulanır. (3095 m.1, 6098 m.88 f.1, 6102 m.9) Temerrüt faizi ise alacağın mahiyetine göre belirlenir. Adi alacaklarda kanuni (adi) faiz oranı, ticari alacaklarda ise ticari faiz oranı temerrüt faizi olarak uygulanır. (3095 m.2 f1 ve f.2, 6102 m.9) Diğer alacaklarda ise ilgili mevzuatın belirlediği oranlar temerrüt faizi olarak uygulanır. (3095 m.4, 6098 m.120 f.1)

Anapara faizi oranı ile temerrüt faizi oranı sözleşmeyle farklı oranlarda belirlenebilir. Adi alacaklarda sözleşmeyle belirlenen akdi anapara faizi oranı kanuni (adi) faiz oranının %50 fazlasını aşamaz, sözleşmeyle belirlenen temerrüt faizi oranı ise kanuni (adi) faiz oranının %100 fazlasını aşamaz. (6098 m.88 f.2, 6098 m.120 f.2) Kanuni faizin %9 olarak uygulandığı günümüzde adi alacaklarda sözleşmeyle belirlenen anapara faizi (%9x1, 5) %13, 3 oranını, sözleşmeyle belirlenen temerrüt faizi ise (%9x2) %18 oranını aşamaz. Ticari işlerde ise gerek anapara faizi oranı ve gerek temerrüt faizi oranı serbestçe belirlenebilir. (6102 m.8 f.1) Taraflardan biri için ticari iş sayılan söz-

leşmelerde de gerek anapara faizi oranı ve gerek temerrüt faizi oranı serbestçe belirlenebilir. (6102 m.19 b.2) Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır. (6102 m.8 f.3) Yabancı para gibi diğer alacak türlerinde mevzuatta bir sınırlama bulunmamaktadır.

Alıcının tüketici sayıldığı ve satıcının ticari faaliyeti kapsamında yapılan taksitli sözleşmelerde; anapara faizi kanuni (adi) faizin en fazla %50 fazlası, temerrüt faizi ise yasaya göre uygulanan veya sözleşmeyle belirlenen anapara faizinin en fazla %30 fazlası olarak kararlaştırılabilir. (6098 m.253). Yıllık anapara faizi oranı (%9x1, 5) %13, 5 olarak belirlendiğinde, yıllık temerrüt faizi oranı da en fazla (%13, 5x1, 3) %17, 55 olarak belirlenebilir. Tüketiciye yönelik peşin satımlarda temerrüt halinde %30 sınırlaması uygulanmaz. Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranı sabit olarak belirlenir. Tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdî faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması durumunda, kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır. Efektif faiz oranı, olduğundan düşük gösterilmişse, kredinin toplam maliyetinin hesaplanmasında esas alınacak akdî faiz oranı, düşük gösterilen efektif faiz oranına uyacak şekilde yeniden belirlenir. Belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranında değişiklik yapılması hâlinde ise bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce tüketiciye bildirilmesi zorunludur. (6502 m.25) Kredi kartları faizinde 5464 sayılı kanun uygulanır. (5464 m.26 f.6) Konut finansmanına yönelik kredilerde ve finansal kiralama işlemlerinde faiz oranı sabit veya değişken olarak ya da aynı kredi için her iki yöntem esas alınmak suretiyle belirlenebilir. Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi hâlinde oran tarafların rızası dışında değiştirilemez. Oranın değişken olarak belirlenmesi hâlinde ise, başlangıçta sözleşmede belirlenen oran, dönemsel geri ödeme tutarı başlangıçta sözleşmede belirlenen azami dönemsel geri ödeme tutarını aşmamak koşuluyla ve sözleşmede belirlenecek yurt içinde veya yurt dışında genel kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılan endekslerden en düşük olanı baz alınarak değiştirilebilir. Bu amaçlarla kullanılabilecek referans faizler ve endeksler Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenir. (6502 m.36)

Sözleşmede anapara faizi oranı belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise ve anapara faizi oranı da mevzuatın alacak için düzenlediği temerrüt faizi oranından fazla ise, bu durumda anapara faizi oranı temerrüt faizi oranı olarak da uygulanır. (3095 m.2 f.3, 6098 m.120 f.3) Örneğin adi bir alacakta sözleşmeyle anapara faizi oranı (%9x1, 5) %13,5 olarak belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise, temerrüt halinde artık %9 değil %13,5 oranı uygulanır. Zira anapara faizi kanuni (adi) faizden yüksektir. Ticari bir alacakta sözleşmeyle anapara faizi oranı (%9x1,5) %13,5 olarak belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise, temerrüt halinde artık ticari temerrüt faizi oranı olan %10,5 değil anapara faizi olarak kararlaştırılan %13,5 oranı uygulanır. Zira anapara faizi oranı normalde uygulanması gereken ticari faiz oranından yüksektir.

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
AZAMİ MEVDUAT FAİZİ 4857 m. 34, 1475 m.14	**Kıdem tazminatı** Kıdem tazminatı alacağının tümü için fesih tarihi–10 yıl–Fesih tarihi **Fazla mesai ücreti** Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl–İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih **Bayram ve Genel tatil ücreti** Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih **Hafta tatili** Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih **Aylık Ücret** Her aylık ücret için ay sonu–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih **İkramiye, yol, yemek vs. gibi yardımlar** Her yardım için yardım tarihi–5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih	İlgili alacaklarda bankaların açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır. Alacaklı, hangi bankanın mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunlu değildir. Fiili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek icra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği azami mevduat faizi oranlarını uygulamaktadırlar. Geçekte Merkez Bankasının web sitesinde ilan ettiği azami mevduat faizi oranları, bankaların fiilen uyguladığı oranlar değillerdir, bankalarca uyulması gereken azami sınırlardır. Faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği bankalardan fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormaktadırlar ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler.	Faiz başlangıç tarihi esas alınarak birer yıllık devreler oluşturulur. Faiz başlangıç tarihi örneğin mayıs ayının on sekizi ise oluşturulan tüm yıllık devirlerin başlangıç tarihi de her mayıs ayının on sekizi olur. Her bir devirde devir başlangıç tarihinde bankalarca uygulanan en yüksek mevduat faizi oranı, asıl alacağa devir sonuna dek uygulanır. Devir başlangıç tarihlerinin tekabül etmediği ara dönemlerde mevduat faizi oranlarındaki artışlar veya azalmalar dikkate alınmazlar. Faiz başlangıç tarihinden ödeme tarihine dek kaç devir geçtiği ve her devre ait faiz oranı belirlenir. Devir kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Kesirli olan (tam olmayan) devirde kaç gün gecikme olduğu belirlenir ve devre ait YILLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur. Geçen her devir için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağa uygulanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde en yüksek mevduat faizi veren bankadan sorulur. **TCMB tarafından yayınlanan Azami Mevduat Faizi Oranları:** 05.10.2010-13.10.2010 % 20 14.10.2010-20.10.2010 % 19 21.10.2010-13.01.2011 % 18 14.01.2011-20.04.2011 % 17 21.04.2011-30.01.2014 % 18 31.01.2014- % 20
AZAMİ İŞLETME KREDİSİ FAİZİ 6356 m.18/3 ve m.53/2	Kanuni işçilik alacakları dışında kalıp Toplu iş sözleşmesinden kaynaklı ilave ayni ve nakdi alacaklar için uygulanır. Örneğin asgari ücret miktarı için azami mevduat faizi, asgari ücreti geçen miktar için azami işletme kredisi faizi uygulanır. Örneğin fazla çalışma ücretlerinin %50'ye kadar olan miktarına azami mevduat faizi, %50'yi aşan miktarlarına işletme kredisi faizi uygulanır. Zamanaşımı başlangıcı, zamanaşımı süresi ve faiz başlangıç tarihi normal işçi alacaklarında olduğu gibidir. **İşçi sendikası aidatı** Her ay aidatı için ayrı olarak her ay sonu–5 yıl–Toplu sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa işverenin temerrüde düşürüldüğü tarih	İşletme kredisi veren bankalarının işletme kredilerinde temerrüt tarihi itibarıyla uyguladığı YILLIK en yüksek faiz oranı uygulanır. Faiz oranı dava konusu yapıldığı takdirde, tarafların bildirdiği bankalardan faiz başlangıç tarihinde uygulanan yıllık en yüksek işletme kredisi faiz oranları sorulur. Kanun bankaların kamu bankası olmasını zorunlu kılmamıştır. Ancak bankaların Türkiye Halk Bankası, Sınai Kalkınma Bankası, Türkiye Kalkınma bankası gibi işletme kredisi veren kamu bankaları olması gerektiği şeklinde Yargıtay içtihatları vardır. Merkez bankasından sorulması gerektiğini söyleyen Yargıtay kararları da bulunmaktadır. (Yargıtay 9. E:1998/3831 K:1998/3093 T:03.03.1998)	Azami mevduat faizi gibi hesaplanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde en yüksek işletme kredisi faizi veren bankadan sorulur.

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
KAMU FAİZİ 6183 m.51, Anayasa m.46/ son	**Vergi, resim, harç, prim, aidat vs. tüm kamu alacakları** Tahakkuk tarihini takip eden yılbaşından itibaren 5 yıl içinde tebliğ edilmeyen veya tebliğ edilmesine rağmen vade tarihini takip eden yılbaşından itibaren 5 yıl içinde işlem yapılmayan alacaklar zamanaşımına uğrar. (213 sayılı kanun m.114, 6183 sayılı kanun m.102) Tahakkuk veya Vade tarihi–5 yıl–Vade tarihi **Kamulaştırma bedeli** Mülkiyetin idareye devri tarihi–10 yıl–Mülkiyetin idareye devri tarihi	6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında kanunun 51. maddesi uyarınca kamu alacakları ile Anayasanın 46/ son fıkrasına göre kamulaştırma alacaklarına uygulanacak olan gecikme zammı oranları Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilir.	Her ayın alacağı için ayrı olarak AYLIK oran üzerinden AYLIK faiz hesaplanır. Ay kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Geçen her aya uygulanacak faiz oranı, ayın içinde bulunduğu döneme göre belirlenir. Faiz başlangıç tarihi esas alınarak AYLIK devreler oluşturulur. Faiz başlangıç tarihi örneğin ayın on sekizi ise oluşturulan tüm aylık devirlerin başlangıç tarihi de her ayın on sekizi olur. Faiz başlangıç tarihinden ödeme tarihine dek kaç aylık devir geçtiği ve geçen her aylık devre ait faiz oranı belirlenir. Devir kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Kesirli olan (tam olmayan) devirde kaç gün gecikme olduğu belirlenir ve aya ait AYLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur. Geçen her aylık devir için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağa uygulanır.	**Dönemler Ve AYLIK Oranlar** 08.03.1994-30.08.1995 % 12 31.08.1995-31.01.1996 % 10 01.02.1996-08.07.1998 % 15 09.07.1998-20.01.2000 % 12 21.01.2000-01.12.2002 % 6 02.12.2000-28.03.2001 % 5 29.03.2001-30.01.2002 % 10 31.01.2002-11.11.2003 % 7 12.11.2003-01.03.2005 % 4 02.03.2005-20.04.2006 % 3 21.04.2006-18.11.2009 % 2, 5 19.11.2009-19.10.2010 % 1, 95 19.10.2010- % 1, 4
TECİL FAİZİ 2577 m.28 f.6, 213 m.112 f.4, 6183 m.48	Vergi, resim, ikmalen tarhiyata dayanan tapu harçları, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası ve gecikme zammı, tecile konu olan kamu alacaklarıdır. (213 m.112 f.4, 6183 m.48 Tam yargı ve vergi davalarında hükmedilen meblağın idarece hak sahibine geç ödenmesi durumunda da tecil faizi uygulanır. (2577 m.28 f.6,)	Tecil faizi oranları Maliye bakanlığı tarafından yıllık oran olarak belirlenmektedir.	Tecil edilecek alacak miktarı ve vade tarihi belirlenir. Daha sonra alacağın kaç takside bölüneceği ve her bir taksitin ödeme tarihi belirlenir. Her taksit için vadeden itibaren ödeme tarihine dek kaç DÖNEM geçtiği ve her bir dönemde de kaç GÜN geçtiği bulunur. Kanuni faiz gibi hesaplanır.	**Dönemler Ve YILLIK Oranlar** 28.04.2006-20.11.2009 % 24 21.11.2009-20.10.2010 % 19 21.10.2010- % 12
YABANCI PARA FAİZİ 3095 m.4a	**Yabancı para borcu ihtiva eden kambiyo evrakları (çek, bono, poliçe)** Vade tarihi–3 yıl–Vade tarihi Yabancı para üzerinden yapılan sözleşmeler Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–10 yıl–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih **(İcra takiplerinde yabancı para ile birlikte o günün Türk parası karşılığının yazılması zorunludur.)**	Alacaklı, hangi bankanın yabancı para mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunludur. Fiili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek icra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği oranları uygulamaktadırlar. Ancak faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği kamu bankalarından fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormaktadırlar ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler.	Azami mevduat faizi gibi oluşturulan yıllık devirlere göre hesap yapılmalıdır. İcra takiplerinde takip veya ödeme günü kurlarından hangisinin talep edildiği de belirtilir. Ödeme günü kuru tercih edildiğinde takip alacağı yabancı para alacağı olarak değerlendirilir ve asıl alacağa en yüksek yabancı mevduat faizi uygulanır. Takip günü kuru tercih edildiği veya tercih yapılmadığı takdirde Türk lirasına çevrilen alacağa ticari faiz uygulanır. (Yargıtay 12. HD, E:2006/12270 K:2006/15287 T:11.07.2006)	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde ilgili yabancı para için en yüksek mevduat faizi veren kamu bankasından sorulur.

AYLIK ORAN ÜZERİNDEN AYLIK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Ay Sayısı x Dönem Aylık Faiz Oranı / 100 AYLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Aylık Faiz Oranı / 3000

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
KANUNİ (ADİ) FAİZ **3095 m.1**	**Adi alacak sözleşmeleri** Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–10 yıl–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih **İhbar tazminatı** Fesih tarihi–10 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih **Yıllık izin ücreti** Yıllık izin ücreti alacağının tümü için fesih tarihi –5 yıl– İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih **Haksız fiil maddi ve manevi tazminat** Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanaşımı–Olay tarihi **Tam yargı davası** Hizmet kusurunu öğrenme tarihi–1 yıl ve her durumda 5 yıl–Temerrüt tarihi **İşveren kötü niyet tazminatı** Fesih tarihi–10 yıl– Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih **Sebepsiz zenginleşme** Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda zenginleşme tarihinden itibaren 10 yıl–Zenginleşme tarihi (Zenginleşen iyi niyetli ise faiz başlangıcı borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarihtir) **Gazeteci ve Denizci kıdem tazminatı** Fesih tarihi–10 yıl–Temerrüt tarihi **İş kazası maddi ve manevi tazminat** Kaza tarihi–10 yıl–Kaza tarihi **Kira ve Ecrimisil** Her ay için ayrı olarak ay sonu–5 yıl– Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih **Kamu zararı alacağı** Zarar tarihini takip eden yılın başı–10 yıl–Zarar tarihi **Tüketiciye yönelik satış dolayısıyla satıcının alacağı** Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–5 yıl–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih	29.04.1926 tarihinde yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar kanunun 72. maddesi, yıllık faiz oranını %5 olarak belirlemiştir. 22 mart 1303 tarihli Mürabaha nizamnamesi de, adi alacaklarda sözleşmeyle yıllık faiz oranının %9'a kadar artırılabileceğini düzenlemiştir. 19.12.1984 tarihinde yürürlüğe giren 3095 sayılı yasanın 5. maddesi, Borçlar kanununda ve Ticaret kanununda faiz oranlarını düzenleyen hükümleri ve ayrıca Mürabaha nizamnamesini yürürlükten kaldırmış, aynı yasanın 1. maddesi ise, kanuni faiz oranını %30 olarak belirlemiş, ancak Bakanlar Kuruluna bu oranı yüzde seksenine kadar artırma veya indirme yetkisi de vermiştir. 1997/9807 sayılı bakanlar kurulu kararı ile 01.01.1998-31.12.1999 dönemi kanuni faiz oranı %50 olarak uygulanmıştır. 3095 sayılı yasanın 1. maddesi, 18.12.1999 tarihli 4489 sayılı yasanın 1. maddesi ile değiştirilmiş, buna göre Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı Reeskont oranı, sonraki yıl için kanuni faiz oranı olarak belirlenmiştir. 30 Haziran günü uygulanan reeskont oranı eğer önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan az veya fazla ise, bu durumda yıl iki döneme bölünmüş, yılın ikinci yarısında 30 haziran tarihindeki reeskont oranı geçerli olmuştur. Reeskont oranının uygulandığı süreçte yıllık veya yarım yıllık dönemler söz konusu olmuştur. 3095 sayılı yasanın 1. maddesi, 5335 sayılı yasanın 14. maddesi ile 30.04.2005 tarihinden geçerli olmak üzere tekrar değiştirilmiş, 01.05.2005 tarihinden itibaren uygulanmak üzere kanuni faiz oranı yıllık % 12 olarak belirlenmiş, Bakanlar kurulu da bu oranı yüzde onuna kadar indirmeye veya iki katına çıkarmaya veya kanuni faiz oranını aylık olarak belirlemeye yetkili kılınmıştır. Bu tarihten itibaren artık reeskont oranı dikkate alınmamıştır. 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 01.01.2006 tarihinden itibaren kanuni faiz oranı yıllık %9 olarak belirlenmiştir.	Her dönem için ayrı olarak YILLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Faiz başlangıç tarihinden itibaren ödeme tarihine dek geçen süre içinde bulunan her dönem için ayrı faiz hesaplanmalıdır. Faiz başlangıç tarihinden itibaren ödeme tarihine dek geçen süre içinde bulunan her dönemde kaç gün gecikme olduğu belirlenir, daha sonra döneme ait YILLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur, daha sonra her dönem için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağa uygulanır. Yıllık oran üzerinden günlük faiz hesaplanırken yılın 360 gün ya da 365 gün olarak kabul edilmesi konusunda birbirinden farklı kararlar bulunmaktadır. Genel teamülde bir ayın 30 gün kabul edilmesi yılın 360 gün kabul edilmesini gerektirmiştir. Yılın 360 gün kabul edilmesi halinde aşağıdaki formülde 36500 (365 x 100) olan paydanın 36000 (360 x 100) yapılması gerekmektedir.	**Dönemler Ve YILLIK Oranlar** 29.04.1926-19.12.1984 % 5 19.12.1984-31.12.1997 % 30 01.01.1998-31.12.1999 % 50 01.01.2000-30.06.2002 % 60 01.07.2002-30.06.2003 % 55 01.07.2003-31.12.2003 % 50 01.01.2004-30.06.2004 % 43 01.07.2004-30.04.2005 % 38 01.05.2005-31.12.2005 % 12 01.01.2006- % 9

TECİL FAİZİ HESAPLAMA: Faiz= Taksit Asıl Alacağı x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36000 YILLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36500

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
TİCARİ TEMERRÜT FAİZİ **3095 m.2/2**	**Aksi bir oran kararlaştırılmadığı sürece tüm ticari işlerde; temerrütten önce anapara faizi ödenmesi gerekiyor ise kanuni faiz oranı, temerrüt halinde ise ticari faiz oranı uygulanır.** **Ticari sözleşmeler** Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–10 yıl (inşaat ve imalat işleri gibi bazı sözleşmelerde 5 yıl)–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih **Tacirin sebepsiz zenginleşmesi** Örneğin bankanın sözleşme olmaksızın müşteri hesabından kesinti yapması, tacirin sebepsiz zenginleşmesi sayılır. Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda işlem tarihinden itibaren 10 yıl–İşlem tarihi **Tacirin ticari işine veya ticari itibarına yönelik haksız fiiller** Örneğin kaçak elektrik kullanma, tacire karşı haksız fiil sayılır. Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanaşımı–Olay tarihi **Kambiyo evrakları (çek, bono, poliçe)** Vade tarihi–3 yıl–Vade tarihi **Fikri haklar** Öğrenme tarihi–2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanaşımı–Olay tarihi **Tüketicinin iade alacağı** **(Yargıtay 18.HD E:2010/19122 K:2011/11578 T:18.07.2011)** Ayıp sonra ortaya çıksa bile teslim tarihi–2 yıl–Temerrüt tarihi Konutta ayıp sonra ortaya çıksa bile teslim tarihi–5 yıl–Temerrüt tarihi Ayıplı mal ve hizmetten zarar tarihi–3 yıl ve 10 yıl–Temerrüt tarihi	6762 sayılı Türk Ticaret kanunun 9. maddesi, ticari faiz oranının belirlenmesinde 818 sayılı Borçlar kanunun 72. maddesine atıf yapmıştır. 3095 sayılı kanunun 1. maddesi, kanuni faiz olarak belirlenen sabit oranın gerek adi alacaklarda ve gerek ticari alacaklarda uygulanacağını, ancak reeskont oranının kanuni faiz oranından yüksek olması halinde ticari faiz oranının reeskont oranına göre belirleneceğini düzenlenmiş idi. Aynı kanunun 2. maddesinde 4489 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle, artık reeskont oranının kanuni (adi) faiz oranı sayılacağı, dolayısıyla reeskont oranının hem adi alacaklarda ve ticari alacaklarda uygulanacağı, ancak avans faiz oranının reeskont (kanuni) faiz oranından fazla olması durumunda avans faiz oranının ticari faiz oranı olarak uygulanacağı düzenlenmiştir. 5335 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle sadece kanuni faiz oranının belirlenmesinde reeskont oranından vazgeçilmiştir, 4489 sayılı kanunun ticari faize ilişkin getirdiği hükümler ise halen yürürlüktedir. Ticari faiz uygulamalarında dönemler ve oranlar YILLIK veya YARIM YILLIK olarak belirlenir. Merkez Bankasının yayınladığı avans faizi oranlarına 31 Aralık ve 30 Haziran günü bakılır. Avans faiz oranı kanuni faiz oranından fazla ise, bu durumda Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü uyguladığı avans faiz oranı sonraki yıl için ticari faiz oranı olarak uygulanır. 30 Haziran tarihinde uygulanan avans faiz oranı bir önceki yılın 31 aralık tarihinde uygulanan avans faiz oranından 5 puan altta veya üstte ise, bu durumda yıl iki döneme bölünür, 1 temmuz-31 aralık dönemi için 30 hazirandaki avans faiz oranı uygulanır.	Her dönem için ayrı olarak YILLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Kanuni faiz gibi hesaplanır. Ticari Faiz tabiri, 4489 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önce 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin kanunun 1/1. maddesine göre belirlenecek yasal faiz oranını ifade etmekteydi. (Yargıtay HGK E:1997/11-278 K:1997/529 T:11.6.1997) Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden önce dava dilekçesinde ticari faiz talep edilmiş ancak oran belirtilmemiş ise mahkemece kanuni (adi) faize hükmedilirdi. Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden sonra ise, ticari faiz tabiri, 3095 sayılı kanunun 2/2. maddesinde açıklanan avans faiz oranını ifade etmektedir. (Yargıtay 11.HD, E:2004/2192 K:2004/3206 T:29.03.2004) Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden sonra dava dilekçesinde ticari faiz talep edildiği takdirde oran belirtilmese bile mahkemece ticari avans faizine hükmedilmektedir.	**Dönemler Ve YILLIK Oranlar** 01.01.1998-31.12.1999 % 50 01.01.2000-30.06.2002 % 70 01.07.2002-30.06.2003 % 64 01.07.2003-31.12.2003 % 57 01.01.2004-30.06.2004 % 48 01.07.2004-30.04.2005 % 42 01.05.2005-30.06.2005 % 42 01.07.2005-31.12.2005 % 30 01.01.2006-31.12.2006 % 25 01.01.2007-31.12.2007 % 29 01.01.2008-30.06.2009 % 27 01.07.2009-31.12.2009 % 19 01.01.2010-31.12.2010 % 16 01.01.2011-31.12.2011 % 15 01.01.2012-31.12.2012 % 17,75 01.01.2013-31.12.2013 % 13,75 01.01.2014-31.12.2014 % 11,75 01.01.2015- % 10,50

TECİL FAİZİ HESAPLAMA: Faiz= Taksit Asıl Alacağı x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36000 YILLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36500

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
TEDARİK TEMERRÜT FAİZİ **6102 m.1530**	**Ticari sözleşmeler** Sözleşmede ödeme günü tayin edilmiş ise zamanaşımı ve faiz başlangıcı bu tarihtir. Sözleşmede ödeme günü belirlenmemiş ise; teslimden önce fatura gönderilmiş ise teslimden itibaren, teslimden sonra fatura gönderilmiş ise faturanın alındığı tarihten itibaren, faturanın alım tarihi belli değil ise teslim tarihinden itibaren, kabul veya gözden geçirme usulü olan hallerde kabul veya gözden geçirmeden önce fatura gönderilmiş ise kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştiği tarihten itibaren 30 günlük sürenin sonu, zamanaşımı ve faiz başlangıcıdır Burada bahsedilen 30 günlük süreler yerine sözleşmeyle daha uzun süreler kararlaştırılabilir. Ancak alacaklı küçük ölçekli işletme (KOBİ) ise veya alacaklı tarım veya hayvan üreticisi ise veya borçlu büyük ölçekli işletme ise, teslim tarihinden veya faturanın alındığı tarihten veya gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren 60 günlük süreden daha uzun süreler sözleşmeyle kararlaştırılamaz. Zamanaşımı 10 yıldır.	Ticari işletmeler arası mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan ve iki tarafın tacir olduğu ticari işlemlerde kanundan veya sözleşmeden kaynaklı borcu ödemede temerrüde düşen borçlunun ödeyeceği en düşük ticari faiz oranı, normal ticari temerrüt faizi oranından en az %8 fazla olmak koşuluyla Merkez bankası tarafından belirlenir. Merkez bankası, alacağın tahsili masrafları için asgari giderim tutarını da belirlemektedir. (6102 m.1530/7)	Her dönem için ayrı olarak YILLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Kanuni faiz gibi hesaplanır.	**Dönemler Ve YILLIK Oranlar** 01.01.2013-31.12.2013 % 15 01.01.2014-31.12.2014 % 12,75 01.01.2015- % 11,50
BİNA GENEL GİDER FAİZİ **634 m.20**	**Bina aidatı** Her ay aidatı için ayrı olarak her aybaşı–5 yıl–Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih Aidat şeklinde olmayıp bir kerede ödenmesi karar altına alınan bina ortak giderinde kanuni faiz uygulanır. Karar tarihi–10 yıl– Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih	02.01.1965 tarihinde yürürlüğe giren 634 sayılı kat mülkiyeti kanunun 20. maddesi, kat maliklerinin ortak giderlere katılımını düzenlemiştir. Ödemenin gecikmesi halinde genel hükümlere göre kanuni faiz uygulanmakta idi. Aynı kanunun 20. maddesinde 13.04.1983 tarih ve 2814 sayılı kanunla değişiklik yapılmış ve ödenmeyen giderler için aylık yüzde on gecikme tazminatı ödeneceği düzenlenmiştir. 28.11.2007 tarihinde yürürlüğe giren 14.11.2007 tarihli 5711 sayılı kanun ise, yüzde onluk oranı yüzde beşe indirmiştir.	Her ayın alacağı için ayrı olarak AYLIK gecikme faizi hesaplanır. Aidata YILLIK yasal faiz oranının uygulanacağı dönem için KANUNİ FAİZ gibi hesap yapılır. Aidata AYLIK faiz oranının uygulanacağı dönemler için KAMU FAİZİ gibi hesap yapılır.	**Aidata YILLIK Yasal Faiz Oranının Uygulanacağı Dönem** 02.01.1965-13.04.1983 **Aidata AYLIK Oranın Uygulanacağı Dönemler** 13.04.1983-28.11.2007 % 10 28.11.2007- % 5
YABANCI PARA FAİZİ **3095 m.4a**	**Yabancı para borcu ihtiva eden kambiyo evrakları (çek, bono, poliçe)** **Vade tarihi–3 yıl–Vade tarihi** **Yabancı para üzerinden yapılan sözleşmeler** Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih–10 yıl–Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih (İcra takiplerinde yabancı para ile birlikte o günün Türk parası karşılığının yazılması zorunludur.)	Alacaklı, hangi bankanın yabancı para mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunludur. Fiili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek icra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği oranları uygulamaktadırlar. Ancak faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği kamu bankalarından fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormaktadırlar ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler.	Azami mevduat faizi gibi oluşturulan yıllık devirlere göre hesap yapılmalıdır. İcra takiplerinde takip veya ödeme günü kurlarından hangisinin talep edildiği de belirtilir. Ödeme günü kuru tercih edildiğinde takip alacağı yabancı para alacağı olarak değerlendirilir ve asıl alacağa en yüksek yabancı mevduat faizi uygulanır. Takip günü kuru tercih edildiği veya tercih yapılmadığı takdirde Türk lirasına çevrilen alacağa ticari faiz uygulanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde ilgili yabancı para için en yüksek mevduat faizi veren kamu bankasından sorulur.

TEDİL FAİZİ HESAPLAMA: Faiz= Tarafil Asıl Alacağı x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı \ 36000 YILLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı \ 36000

13.03.2015	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO	Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi

Kamulaştırmasız elatma kavramı, 6830 sayılı İstimlâk kanunun yürürlüğe girdiği 09.10.1956 tarihinden sonraki olaylar için söz konusudur. Bu tarihten önceki elatmalar ise, 221 sayılı kanun ile kamulaştırılmış sayılmıştır. Kamulaştırmasız elatmaya ilişkin düzenlemeler, birikmiş problemleri temizlemeye matuf af yasası görünümündedirler. Her bir düzenlemenin ilişkin olduğu dönem ile düzenlemenin yürürlük süresi farklılık arz eder. Aşağıda kamulaştırmasız elatmaya ilişkin düzenlemeler kolay anlaşılabilmesi için tablo haline getirilmiştir.

DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER	HUKUKİ DURUM
-221 sayılı kanun	12.01.1961 tarihinden itibaren halen YÜRÜRLÜKTEDİR.	09.10.1956 tarihinden önceki elatmalar	Bedel	12.01.1961'den itibaren 2 yıl hak düşürücü süre	Fiili tahsis tarihindeki değer	09.10.1956 tarihinden önce idarece elatılan yerler, 221 sayılı kanun ile kamulaştırılmış sayılmıştır. Bu döneme ait elatmalar için yasanın yürürlüğe girdiği 12.01.1961 tarihinden itibaren 2 yıllık hak düşürücü süre içinde sadece bedel davası açılabilir.
-16.05.1956 tarihli 1956/1 Esas 1956/6 Karar sayılı İçtihadı birleştirme kararı -16.05.1956 tarihli 1954/1 Esas 1956/7 Karar sayılı içtihadı birleştirme kararı	16.05.1956 ile 5999 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 30.06.2010 tarihi arası	16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları, 09.10.1956 tarihinden sonraki elatmalarda aksini düzenleyen kanun yürürlükte olmadığı sürece uygulanır	Meni Müdahale	Süre yok	Dava tarihindeki değer	16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları, idarece yerine el atılan mülk sahibinin dilerse müdahalenin meni davası açabileceğini ve dilerse bedel davası açabileceğini, mülk sahibinin bu davalardan birini tercih etmeye zorlanamayacağını, ancak mülk sahibinin bu davalardan sadece birini açabileceğini, bu davalarda zamanaşımının söz konusu olmadığını, bedel davalarında dava tarihindeki değere hükmedileceğini düzenlemiştir.
			Bedel	Süre yok		
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı		
-2942 sayılı kanunun 38. maddesi -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları	2942 sayılı kanunun 38. maddesinin yürürlüğe girdiği 08.11.1983 tarihi ile Anayasa mahkemesinin bu kanunu iptal eden kararının yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihi arası	09.10.1956 tarihi ile 2942 sayılı kanunun 38. maddesini iptal eden Anayasa mahkemesinin 2002/112 Esas 2003/33 Karar sayılı ve 10.04.2003 tarihli kararının yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	20 yıl hak düşürücü süre	Fiili tahsis tarihindeki nitelikler dikkate alınarak dava tarihindeki değer	2942 sayılı kanunun 38. maddesi, 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararlarını yürürlükten kaldırmamış, dolayısıyla dava çeşitlerini artırmamış veya sınırlandırmamış, sadece hak düşürücü süreyi düzenlemiş, ayrıca mülk sahibi dışında zilyet ve mirasçılara da dava açma hakkı tanımıştır. Anayasa mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceğilkesi gereği, 2942 sayılı kanunun 38. maddesini iptal eden kararın yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihinden önceki kazanılmış haklara uygulanması imkânı bulunmamakta idi. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlük tarihine kadar ve ayrıca dava tarihine kadar 20 seneden fazla süre geçmiş ise, davacının her türlü dava hakkının düşeceği benimsenmiş idi.
			Bedel	20 yıl hak düşürücü süre		
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı		

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO	Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi

DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları*	2942 sayılı kanunun 38. maddesini iptal eden Anayasa mahkemesinin 2002/112 Esas 2003/33 Karar sayılı ve 10.04.2003 tarihli kararının yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihi ile 5999 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 30.06.2010 tarihi arası	09.10.1956 tarihinden sonraki elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	Dava tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten önceki hali)**	5999 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 30.06.2010 tarihi ile kanunun altıncı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "sadece" kelimesini iptal eden Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi arası	09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihi arası elatmalar	Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı

HUKUKİ DURUM
*Kademeli normlar sıralamasında içtihadı birleştirme kararları sonra gelirler. 2942 sayılı Kamulaştırma kanunun 38. maddesinin iptal edilmesiyle kamulaştırmasız elatmayı düzenleyen bir kanun kalmadığından 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları uygulanmaya başlamıştır.
**5999 Sayılı Kanun, müdahalenin meni davasını açma imkânını ortadan kaldırmış, bununla birlikte bedel davalarında 20 yıllık hak düşürücü süreyi de geriye dönük olarak kaldırmış, hak düşürücü süreden dolayı reddedilen bedel davalarının tekrar açılmasını sağlamış, ancak bedel davası açmak için en önce idareye müracaat edilmesini şart koşmuş, bedele ilişkin alacağa da ilama bağlı olsa bile haciz yasağı getirmiş, buna karşılık idareye aynı kamulaştırmaya pay ayırır gibi kamulaştırmasız elatmalar için yıllık bütçeden %2 pay ayırmasını ve ödemelerin sadece bu ödenekten yapılmasını emretmiştir.5999 sayılı kanun, ayrıca tescile ilişkin yerel mahkeme kararının kesin olduğunu, bedele ilişkin yerel mahkeme kararının ise temyiz edilebilir olduğunu, bedele ilişkin yerel mahkeme kararının kesinleşmese bile icra takibine konabileceğini, alacağa da kanuni faizin uygulanacağını düzenlemiştir.5999 sayılı kanun, müracaat için bir süre öngörmemiş ancak müracaat var ise sessiz geçen altı aylık sürenin sonundan itibaren veya uyuşmazlık tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren dava hakkını üç aylık hak düşürücü süre ile sınırlandırmıştır. Yargıtay, idareye müracaat etmeden direkt açılan davada uzlaşmazlık iradesi içeren dava dilekçesinin müracaat ve uzlaşmazlık iradesi yerine geçeceğini, dava açmadan önce idareye müracaat etmenin dava şartı sayılmadığını ve dolayısıyla bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın direkt dava açabileceğini karar altına almıştır. (Yargıtay 5.HD, E:2011/967 K:2011/5754 T:31.03.2011, E:2011/17580 K:2011/20948 T:13.12.2011) Ancak dava açmadan idareye müracaat yapılmış ise veya açılan dava takipsizlikten dolayı düşmüş ise üç aylık hak düşürücü süre söz konusudur.

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO	Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi

DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten sonraki hali) -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları*	Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi ile 6487 sayılı kanunun 21. maddesinin yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihi arası	09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesi -5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten önceki hali)**	6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesinin yürürlüğe girdiği 25.02.2011 tarihi ile Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi arası	04.11.1983 tarihinden sonraki elatmalar	Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesi -5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten sonraki hali) -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları***	Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi ile 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrasının yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihi arası	04.11.1983 tarihinden sonraki elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı

HUKUKİ DURUM
*5999 sayılı kanunun altıncı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "sadece" kelimesinin Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesiyle, bu dönem elatmalar için dava sınırlaması ortadan kaldırılmış ve mülk sahibine müdahalenin meni davası açma hakkı da tanınmıştır. 5999 sayılı kanunda düzenlenen müracaat şartı, haciz yasağı, idarenin %2 pay ayırması vs. hususlar, yürürlük süresince bu döneme ait elatmalar için aynen geçerli olmuştur.
**6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesi, bu döneme ait elatmalar için 5999 sayılı kanunun (22.02.2012 tarihli değişiklikten önceki halinin) aynen uygulanmasını öngörmüş, ancak bu döneme ait elatmalar için idarenin yıllık bütçesinden ayıracağı payı %5'e çıkarmıştır. Yürürlük süresinde bu dönem elatmalar için sadece bedel davası açılabilir.
***Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının 5999 sayılı kanunun altıncı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "sadece" kelimesini iptal eden A/2a maddesi, 22.02.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aynı kararın 6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesini iptal eden B maddesinin yürürlük tarihi her ne kadar 22.08.2013 ise de aynı dönemi düzenleyen 6487 sayılı kanunun 21. maddesi daha önce 11.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu durumda 22.02.2013 ile 11.06.2013 tarihleri arası, 5999 sayılı kanunun 22.02.2012 tarihli değişiklikten sonraki hali ile birlikte kanunun boş bıraktığı alanda 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları da uygulama alanı bulur. Yürürlük süresinde bu dönem elatmalar için mülk sahipleri bedel davası yerine müdahalenin meni davası açabilir. Yürürlük süresinde bu dönem elatmalar için 5999 sayılı kanunda düzenlenen müracaat şartı, haciz yasağı, idarenin %2 pay ayırması vs. hususlar aynen geçerlidir.

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO	Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi

DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-6487 sayılı kanun m.21 -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları*	6487 sayılı kanunun 21. maddesinin yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihinden itibaren halen YÜRÜRLÜKTEDİR.	09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak davet veya müracaat tarihindeki değer. İdarenin sessiz kalması veya uzlaşmazlık tutanağının düzenlenmesi sonucu dava açılmış ise el koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak dava tarihindeki değer.
			Bedel	Süre yok ancak malik ile idare arasında yapılan görüşmede uzlaşmazlık tutanağı tutulmuş ise malik açısından 3 aylık hak düşürücü süre söz konusudur. Bu 3 aylık sürede bedel davası açmayan idare de artık sadece kamulaştırma davası açabilir.	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı

HUKUKİ DURUM

* 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunla değişik geçici 6. maddesinin 6. fıkrasının ilk cümlesi, sadece bedel davası açılabileceğini düzenlemediğinden kanun boşluğunu dolduran 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları gereği bedel davası yerine müdahalenin meni davası da açılabilir. Malik bu davalardan sadece birini açabilir. Malik ayrıca ecrimisil davası da açabilir.

Bedel davası açılacak ise en önce idareye müracaat edilmesi gerektiği açıkça dava şartı olarak düzenlenmiştir. Derdest olan davalarda ise davacılar uzlaşma isteyip istemediklerini idareye veya mahkemeye kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içinde bildirebilirler. Malik tarafından müracaat veya dava konusu edilmemiş taşınmazlarla ilgili olarak idareye de maliki davet etme yetkisi tanınmıştır.

Bedel davası bir süreye tabi değildir. Hak düşürücü süreden dolayı reddedilen eski davalar da yeniden açılabilir. Ancak bedel davası açılmadan önce idareye müracaat edilmesi ve uzlaşma talep edilmesi gerekir. Müracaat tarihinden itibaren idare 6 ay sessiz kalmış ise veya idarece 6 ay geçmeden davet yazısı tebliğ edilmiş ancak tebliğden itibaren 6 ay içinde uzlaşma görüşmeleri yapılamamış ise, sürenin sonunda kamulaştırmasız elatma davası açılabilir.

Uzlaşma görüşmelerinde hemen nakdi ödemeye karar verilemez. Uzlaşma görüşmelerinde nakdi ödemeye ancak idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle uzlaşma sağlanamaması halinde karar verilir.

Uzlaşmazlık tutanağı düzenlenmiş ise malik açısından üç aylık hak düşürücü süre söz konusudur. Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararında benzer düzenleme içeren 5999 sayılı yasada düzenlenen 3 aylık sürenin hak düşürücü süre sayılmasında anayasaya aykırılığın bulunmadığı belirtilmiştir. İdare de, uzlaşmazlık tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren üç ay içinde bedel davası açılabilir. Üç aylık sürede bedel davası açmayan idare, eğer hala taşınmaza sahip olmak istiyor ise artık sadece kamulaştırma davası açabilir. Süresi içinde bedel davası açmadığından dolayı kamulaştırma davası açmak zorunda kalan idare, artık tüm bedeli peşin bloke etmek zorunda kalacak ve dolayısıyla bedel davalarında olduğu gibi kamulaştırmasız elatmalar için ayrılan paydan garameten ve taksitle ödeme imkânını kaybetmiş olacaktır.

Bedele ilişkin alacak ilama bağlı olsa bile haciz yasağı kapsamındadır. Buna karşılık idarece kamulaştırmasız elatmalar için yıllık bütçeden en az %2 pay ayrılır ve kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden ödemeler sadece bu ödenekten bütçe durumuna göre garameten ve sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitle yapılır.

Bu dönem elatmalara ilişkin mahkeme ve icra harçları ile vekalet ücretleri maktu olarak belirlenir. Tescile ilişkin yerel mahkeme kararı kesindir, bedele ilişkin yerel mahkeme kararı ise temyiz edilebilir. Bedele ilişkin yerel mahkeme kararı kesinleşmese bile icra takibine konabilir ancak haciz işlemleri yapılamaz. Alacak takside bağlansa bile kanuni faiz uygulanır.

Hukuki elatmalara ilişkin davalar idari yargıda görülür. Bu hüküm kesinleşmemiş ve halen derdest olan davalara da uygulanır. İdare mahkemelerinin tapu tescil kararı verme yetkisi olmadığından, idare mahkemesi kararına dayanarak ödemede bulunan idare, adli yargıda malike karşı tescil davası açmalıdır. Hukuki elatmalara ilişkin daha önce adliye mahkemeleri tarafından belirlenmiş ve kesinleşmiş olan bedeller, sadece kamulaştırmasız elatmalara ilişkin ayrılan ödenekten ödenir. Hukuki elatmalara ilişkin idare mahkemesi tarafından belirlenen alacaklar ise genel bütçeden ödenir.

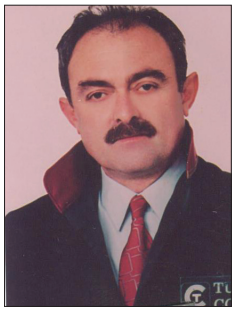
04.11.1983 tarihinden sonra 08.03.1984 tarihinde yürürlüğe giren 2981 sayılı kanuna göre yapılan imar uygulamaları sonucu doğan alacaklarla ilgili düzenlemeler getirmiş olan 2942 sayılı kanunun geçici 6. maddesinin 12. fıkrası, 13.03.2015 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa mahkemesinin 2013/95 Esas 2014/176 Karar sayılı ve 13.11.2014 tarihli kararıyla iptal edilmiştir. İptalden sonra bu alacaklar (yine iptal edilen 13. fıkrada düzenlenen 04.11.1983 sonrası güncel kamulaştırmasız elatmalar gibi) madde kapsamından çıkarılmıştır. Buna göre bu alacaklar dava tarihindeki rayiç değere göre belirlenir. Bu alacaklar için haciz yasağı, özel ödenekten ödenme, harç ve vekalet ücretinin maktu olması hususları uygulanmaz.

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO				Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi
DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21.maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrası -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları *	2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrasının yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihi ile bu fıkrayı iptal eden Anayasa mahkemesinin 2013/95 Esas 2014/176 Karar sayılı ve 13.11.2014 tarihli kararının yürürlük tarihi olan 13.03.2015 tarihi arası	04.11.1983 ile 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrasının yürürlüğe girdiği 11.06.2013 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	Bu döneme ilişkin bedelin takdiri konusunu düzenleyen kanun hükmü olmadığından kanun boşluğunu dolduran 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları gereği dava tarihindeki değer belirlenecektir.
			Bedel	Süre yok	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları**	6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrasını iptal eden Anayasa mahkemesinin 2013/95 Esas 2014/176 Karar sayılı ve 13.11.2014 tarihli kararının yürürlük tarihi olan 13.03.2015 tarihinden itibaren halen YÜRÜRLÜKTEDİR.	04.11.1983 tarihinden sonraki elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	Dava tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı

HUKUKİ DURUM
*2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunla değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrası, yürürlük süresince dönemi içinde fiilen el atılan veya kamulaştırması tamamlanmayan yerlerle ilgili açılan kamulaştırmasız elatma davalarını kapsadığı gibi fiilen elatılan veya kamulaştırması tamamlanmayan yerlerle ilgili idare tarafından gerçekleştirilen kamulaştırmaları da kapsamıştır. Kamulaştırma işleminin uzlaşmayla veya kamulaştırma davası açmak suretiyle gerçekleşmiş olması fark etmemekte idi. Yürürlük süresince bedele ilişkin alacak ilama bağlı olsa bile haciz yasağı kapsamında sayılmıştır. Buna karşılık idarece kamulaştırmasız elatmalar için yıllık bütçeden en az %2 pay ayrılması ve kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden ödemelerin sadece bu ödenekten bütçe durumuna göre garameten ve sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitle yapılacağı düzenlenmiştir. Bu dönem elatmalara ilişkin mahkeme ve icra harçları ile vekalet ücretleri maktu olarak belirlenmiştir. Bu fıkra hükmünün derdest davalara da uygulanacağı düzenlenmiş idi. Yürürlük süresince bu dönem fiilen el atılan yerlerle ilgili idare tarafından açılan kamulaştırma davalarında mahkemece kamulaştırma bedeline ilişkin peşin blokaj kararı verilmez ve sadece kamulaştırma bedeli tespit edilir. Bu dönem fiilen el atılan yerlerle ilgili kamulaştırma davasında tespit edilen bedel, kamulaştırmasız elatmalar için ayrılan paydan ödenir. Haciz yasağı, harçların ve vekalet ücretlerinin maktu olması ve kamulaştırmasız elatma ödeneğinden ödenmesi hususları dışında bu dönem elatmalara ilişkin başkaca sınırlamalar olmamıştır. Bu dönem elatmalara ilişkin idareye müracaat zorunluluğu bulunmamakta idi. Uzlaşmazlık tutanağı düzenlenmiş olsa bile malik üç ay içinde dava açmak zorunda değil idi. Bu döneme ait elatmalara ilişkin yerel mahkemelerin tescile ilişkin kararları kesinleşmedikçe icra olunamaz idi.
** 6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesinin ve ayrıca 6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik 2942 sayılı kanunun geçici 6. maddesinin 13. fıkrasının iptal edilmesiyle bu döneme ilişkin kamulaştırmasız elatmayı düzenleyen bir kanun kalmadığından 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları uygulanır. Buna göre mülk sahipleri bu döneme ait elatmalar için müdahalenin meni davası açabileceği gibi isterlerse bedel davası da açabilirler. Bu dönem kamulaştırmasız elatmalar için haciz yasağı, özel ödenekten ödenme, harç ve vekalet ücretinin maktu olması hususları uygulanmaz. Bu döneme ilişkin alacaklar kesinleşmese bile genel bütçeden ödenebilir. Bu dönem elatmalara ilişkin idareye müracaat zorunluluğu bulunmadığı gibi uzlaşmazlık tutanağı düzenlenmiş olsa bile malik üç ay içinde dava açmak zorunda da değildir. Bu dönem elatmalara ilişkin yerel mahkemelerin tescile ilişkin kararları kesinleşmedikçe icra olunamaz.

YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR



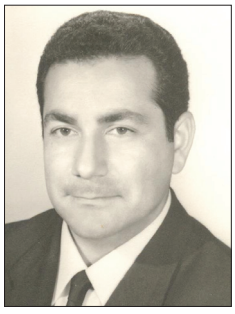
Baromuzun 29972 sicil sayısında kayıtlı

Av. KADRİ VEZİROĞLU

15/05/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1942 yılında Dinar'da doğmuş, 1967 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Afyon Barosu'nda yaparak, 1977 yılında Afyon Barosu'na kaydolmuştur. 2004 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



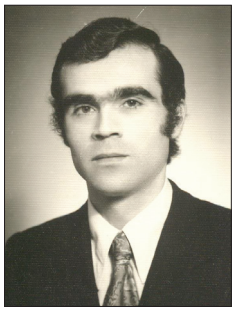
Baromuzun 7043 sicil sayısında kayıtlı

Av. İLHAN SOYUSÜ

26/06/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1938 yılında Niğde'de doğmuş, 1968 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1971 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 9611 sicil sayısında kayıtlı

Av. İRFAN KEMAL TEKİN

29/05/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında İstanbul'da doğmuş, 1973 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 15944 sicil sayısında kayıtlı

Av. RECEP AYYILDIZ

11/06/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1956 yılında Bayburt'da doğmuş, 1987 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1989 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

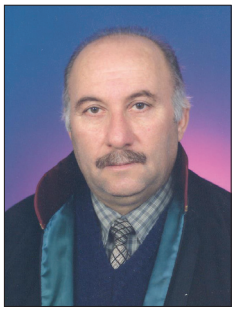
Baromuzun 19469 sicil sayısında kayıtlı

Av. NİLGÜN SİVRİOĞLU

07/06/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1969 yılında İzmir'de doğmuş, 1993 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1994 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



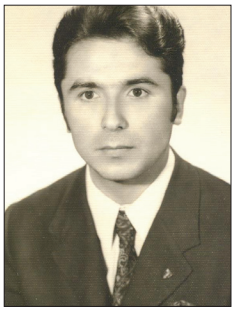
Baromuzun 22841 sicil sayısında kayıtlı

Av. VAHİT AYAR

01/07/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Maçka'da doğmuş, 1997 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1998 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



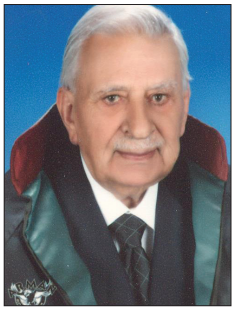
1992-1994 yılları arasında İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyeliği, 1994-1996 yılları arasında da İstanbul Barosu Disiplin Kurulu Başkanlığı görevlerinde bulunan Baromuzun 6984 sicil sayısında kayıtlı

Av. DURSUN ALİ AYDIN

22/06/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1942 yılında Pülümür'de doğmuş, 1968 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, Ankara Barosu'na koydulmuştur. 1971 yılında Ankara Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Edirne Barosu Başkanlarından

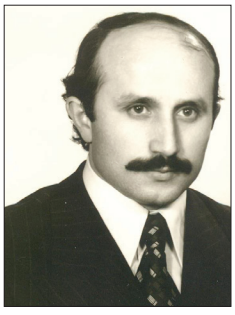
Baromuzun 35950 sicil sayısında kayıtlı

Av. ABDÜLHALİM ALTINEL

12/06/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1929 yılında Gevgeli'de doğmuş, 1954 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, Edirne Barosu'na kaydolmuştur. 2008 yılında Edirne Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11329 sicil sayısında kayıtlı

Av. YAŞAR NURİ ÖZTÜRK

22/06/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1951 yılında Sürmene'de doğmuş, 1976 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1979 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

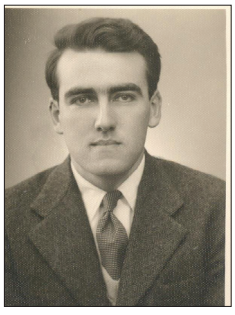
Baromuzun 18048 sicil sayısında kayıtlı

Av. LATİF ERTUĞRUL KAZANCI

22/06/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1945 yılında Bursa'da doğmuş, 1986 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1992 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 4142 sicil sayısında kayıtlı

Av. CAHİT ARMAĞAN DAVRAN

15/05/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1930 yılında Kadıköy'de doğmuş, 1954 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1956 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 8666 sicil sayısında kayıtlı

Av. YAŞAR LÜTFÜ TURAN

01/06/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1938 yılında Of'da doğmuş, 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

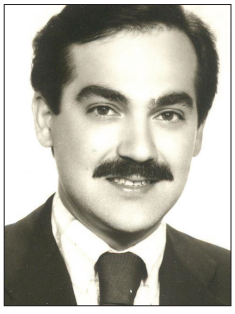
Baromuzun 21661 sicil sayısında kayıtlı

Av. ZEYNEP DİDEM DEĞİRMENCİOĞLU

25/06/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1972 yılında Lüleburgaz'da doğmuş, 1996 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1997 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11853 sicil sayısında kayıtlı

Av. MEHMET FARUK AYTEKİN

27/06/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1948 yılında Mersin'de doğmuş, 1979 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1980 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

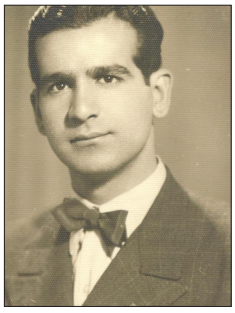
Baromuzun 5551 sicil sayısında kayıtlı

Av. AHMET GENÇ

03/06/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1940 yılında Samsun'da doğmuş, 1964 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1965 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



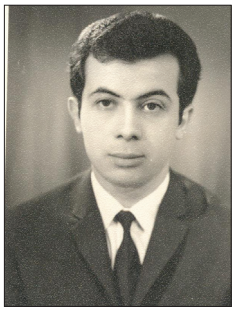
Baromuzun 2721 sicil sayısında kayıtlı

Av. AHMET HALUK YALÇINALP

14/06/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1927 yılında Sivas'da doğmuş, 1949 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1951 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 6642 sicil sayısında kayıtlı

Av. ERCÜMENT TAVŞANLI

13/06/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1945 yılında İstanbul'da doğmuş, 1967 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1970 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 4467 sicil sayısında kayıtlı

Av. İSMET ÇEPEL

10/06/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1929 yılında Bilecik'de doğmuş, 1950 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1959 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
1	24395	GÖRAY	KARADUT	26/05/2016	MUĞLA BAROSU
2	38262	İPEK	TEKELİ	26/05/2016	BURSA BAROSU
3	40368	ILGIN İSTENÇ	YALÇINKAYA	26/05/2016	AYDIN BAROSU
4	42480	İLTER	YAZ	26/05/2016	ANKARA BAROSU
5	46932	RIFAT	DOĞAN	26/05/2016	TOKAT BAROSU
6	50857	KUTAY SEDAT	KIRCA	26/05/2016	ORDU BAROSU
7	51682	BERKAY	KARATAŞ	26/05/2016	ADANA BAROSU
8	52065	ZEYNEP ÖZGE	KOYUNCU	26/05/2016	MERSİN BAROSU
9	53393	MURAT	ÇELİKTEN	26/05/2016	KOCAELİ BAROSU
10	30530	GÜZEL	YILDIRIM	02/06/2016	ANKARA BAROSU
11	34218	AHMET	AYYILDIZ	02/06/2016	BURSA BAROSU
12	36161	İSMAİL BERTAN	BİBER	02/06/2016	İZMİR BAROSU
13	39531	MEHMET ALİ	ŞAHAN	02/06/2016	BURSA BAROSU
14	44401	ALP	KESERCİOĞLU	02/06/2016	BURSA BAROSU
15	44776	JANSET	ERTAN	02/06/2016	ZONGULDAK BAROSU
16	47512	HÜSEYİN	KOÇ	02/06/2016	GAZİANTEP BAROSU
17	48979	İLKE	ÜNAL	02/06/2016	ADANA BAROSU
18	50301	ADİL KEMAL	PORSUK	02/06/2016	ADANA BAROSU
19	53576	NİGAR	ÜNAL	02/06/2016	KOCAELİ BAROSU
20	39967	BURAK	AKPINAR	09/06/2016	BALIKESİR BAROSU
21	40071	RANA	KONAL ERENOĞLU	09/06/2016	İZMİR BAROSU
22	43969	SEDA	DİRİM	09/06/2016	BATMAN BAROSU
23	44680	OĞUZHAN	KÖKSAL	09/06/2016	ANKARA BAROSU
24	47050	ECEM	ŞAHİN	09/06/2016	BURSA BAROSU
25	48568	ELİF	KILIÇ	09/06/2016	KAYSERİ BAROSU
26	49513	HALİL	HARMAN	09/06/2016	MERSİN BAROSU
27	53366	HAKAN	YILMAZ	09/06/2016	SAKARYA BAROSU
28	53591	BAHAR SELCAN	KARAISLI	09/06/2016	İZMİR BAROSU
29	34550	TOLGA	CANSOY	16/06/2016	BURSA BAROSU
30	36150	SAFİYE	KAYMAKÇI	16/06/2016	AMASYA BAROSU
31	37831	AYŞE KÜBRA	ALTUNİÇ	16/06/2016	SAMSUN BAROSU
32	44952	İSMAİL	DEMİR	16/06/2016	KONYA BAROSU
33	47178	BURCU	BOZTAŞ	16/06/2016	AYDIN BAROSU
34	47712	GÖKMEN	DOĞAN	16/06/2016	DENİZLİ BAROSU
35	48419	NAZİF MELİH	ÖZCAN	16/06/2016	ÇANAKKALE BAROSU
36	48918	AYKUT	SANCAK	16/06/2016	SAMSUN BAROSU

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
37	52062	SAADET HELİN	KARATAŞ	16/06/2016	ŞANLIURFA BAROSU
38	53375	EFE ERALP	ŞENYER	16/06/2016	ANTALYA BAROSU
39	53668	ABDULLAH B.	BALCI	16/06/2016	SAMSUN BAROSU
40	18613	BAHAR	BAŞARAN	30/06/2016	ANTALYA BAROSU
41	38042	BİRGÜL	KİLİT	30/06/2016	ANTALYA BAROSU
42	41417	ALİ	ERYILMAZ	30/06/2016	ÇANAKKALE BAROSU
43	41709	SİNEM ZEYNEP	ERYILMAZ	30/06/2016	ÇANAKKALE BAROSU
44	45008	OKAN	GEZGEN	30/06/2016	ANKARA BAROSU
45	48430	BURÇİN	NAKİP	30/06/2016	ANKARA BAROSU
46	50821	HİLVAN	MANAZ	30/06/2016	GAZİANTEP BAROSU
47	52550	MEHMET	DEMİREL	30/06/2016	BARTIN BAROSU
48	52847	RAZİYE	GÜLAÇAR	30/06/2016	KONYA BAROSU
49	53314	İMRAN	TANRIVER	30/06/2016	KOCAELİ BAROSU

AYRILMALAR				
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Hareket Tarihi**
1	50023	MEHMET EMRE	ŞİMŞEK	26/05/2016
2	44153	ALİ KEMAL	SANCAKTAR	02/06/2016
3	49361	AHMET FARUK	IŞIK	02/06/2016
4	50319	GÖKHAN	KAPLAN	02/06/2016
5	51215	ÜMMÜGÜLSÜM	GÖK	02/06/2016
6	51235	MERT MUSA	SÖNMEZ	02/06/2016
7	53250	SEVGİ	LAÇIN	02/06/2016
8	47420	AHMET	KUMTEPE	09/06/2016
9	51172	BURCU	KAN	09/06/2016
10	51328	KÜBRA	SÖKER	09/06/2016
11	51699	AYLA HİLAL	YILDIZ	09/06/2016
12	51968	KÜBRA	DURAN	09/06/2016
13	10502	ASUMAN	OĞUZ	16/06/2016
14	12990	KAMİL	EKİNCİ	16/06/2016
15	29256	NİLAY ÖZGE	TECİMEN	16/06/2016
16	46243	ÇİĞDEM	ÖZGÜR	16/06/2016
17	49646	MUSTAFA	YALDIZLI	16/06/2016
18	49991	ÖZGE	ERDAL	16/06/2016
19	51870	BETÜL	DOĞAN	16/06/2016
20	34162	YELDA	CENGİZLİER	23/06/2016
21	39703	MAZHAREDDİN	GÖRÜNMEZ	23/06/2016
22	46926	DERYA	DERELİ	23/06/2016
23	51029	AYCA	ZANBAKLAR	23/06/2016
24	52343	BERAT	AKDAĞ	23/06/2016
25	53057	ALKAN	ALTAN	23/06/2016
26	2299	İNAYET	BEDİRHAN	30/06/2016
27	35721	FATMA BİRSEN	ÇALIKUŞU	30/06/2016
28	46117	TENZİLE	KOÇAK	30/06/2016
29	50255	SAMET	DİREN	30/06/2016
30	51161	FATİH	KAYA	30/06/2016
31	53087	HAYATİ	SAĞIR	30/06/2016
32	53385	ZEYNEP	TOPÇU	30/06/2016

KAVRAM DİZİNİ

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A

ADİ ORTAKLIK 490
ALACAKLININ AĞIR KUSURU 471
ALACAKLI SIFATI 480
ALMAN RANT SİGORTASI 345
ANAHTAR TESLİMİ 391
ARA CİRANTA 469

B

BELİRSİZ ALACAK DAVASI 359
BELİRSİZ ALACAK KAVRAM 412
BOŞANMADA KUSUR 377, 380
BOZMAYA UYMA 369
BONO 490
BONODA ŞEKİL ŞARTI 472

C

CİROLU SENET 477
ÇEK BORÇLUSU 478
ÇEK HAMİLİ 469
ÇEKTE CİRO 483, 494
CİRO SİLSİLESİ 473, 491, 493
ÇİZİLMİŞ CİRO 476

D

DAVA AÇMA HAKKI 544
DAVADA GÖREV 463
DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ 376
DAVANIN KONUSUZ KALMASI 380
DESTEKTEN YOKSUNLUK 498,500
DÜZENLEYENE YAPILAN CİRO 483

E

ELATMANIN ÖNLENMESİ 372
ESKİ MALİKİN TAHLİYE İSTEYEMEYECEĞİ 389

F

FAZLA ÇALIŞMA 437

G

GEÇERLİ FESİH 432
GENEL MÜDÜR 463
GERİYE DOĞRU CİRO 494

H

HAKLI FESİH 355
HAKSIZ İPTAL EDİLEN POLİÇEDEN DOLAYI
OLUŞAN ZARARIN TAZMİNE 466
HAMİL SIFATI 469

I-İ

İCRANIN DURMASI 406

İDARE MALLARI 409
İDARENİN RET CEVABI 544
İHTAR 393
İLAMIN İNFAZI 407
İLK CİRONUN LEHDARA AİT OLMASI 474
İŞÇİLİK ALACAKLARI 440
İŞÇİNİN DEVAMSIZLIĞI 355
İŞÇİNİN İŞE İADE BAŞVURUSU 432
İŞE İADENİN SONUÇLARI 412, 420
İŞ KAZASI KOŞULLARI 345
İŞ KAZASI NEDENİYLE MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT ...515
İŞ KAZASI TAZMİNATI 511
İMZA İTİRAZI 471, 473, 477
İSPAT YÖNTEMİ 355
İŞ ORTAKLIĞININ TÜZEL KİŞİLİĞİ YOKTUR 447
İŞÇİLİK ALACAKLARI 424, 426
İŞE İADE 428, 432
İŞYERİ DOKUNULMAZLIĞI 523
İYİNİYETLİ HAMİL 487

K

KAMBİYO SENEDİ 473, 474, 476, 490
KANUN YOLLARI 388
KARARIN BOZULMASI 406
KARDEŞ ÖLÜMÜ 382
KAZANÇ KAYBI 503
KAZANÇ TESPİTİ 511
KAZANILMIŞ HAK 369

KDV BORCU 495
KENDİSİ ADINA BONO TANZİMİ 486
KESİNLEŞME ŞARTI 407
KİRA SÖZLEŞMESİ 391
KÖTÜNİYETLİ HAMİL 493
KURUMA BİLDİRİLMEYEN İSRAİL'DE GEÇEN ÇALIŞMALARIN TESPİTİ 518
KÜÇÜK YAŞTA KARDEŞLER 382

M

MAAŞ HACZİ 400
MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT 383
MAHKEME KARARI 380
MALA ZARAR VERME 523
MANEVİ TAZMİNAT 382
MEVCUT HACİZLER 406
MÜDAHALENİN MENİ 510

N

NÜFUS KAYITLARI 386

O

ORGANİK İLİŞKİLİ ŞİRKETLER 424
ÖZEL MÜLKİYET 409

P

PARA ALACAĞI 359
PAY ORANLARI 498

PROTEZ GİDERİNİN SADECE SGK'DAN İSTENEBİLECEĞİ 515
PUANTAJ KAYITLARI 437

R

RESMİ NİKAHSIZ EŞİN DURUMU 500
RÜCUEN TAZMİNAT 505

S

SAĞKEN ÖLÜ GÖSTERİLEN DAVACI 386
SENDİKA TEMSİLCİSİ 420
SENET BORÇLUSU 487
SENET ÜZERİNDEKİ DEĞİŞİKLİKLER 488
SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ KESİNTİSİNİN İPTALİ 521
SÖZLEŞME DIŞI İŞLER 495
ŞAHSİ DEFİLER 487
ŞAHSİ SAVUNMALAR 478

T

TACİRİN TACİR OLMAYAN KİŞİYE AÇTIĞI DAVA 497
TAHLİYE 393
TAKİBE DEVAM 396, 397
TAKİBİN DEVAMI 401, 405
TAKİBİN DURMASI 396, 397, 399, 400, 402, 404, 405
TAKİBİN İPTALİ 480, 484
TAKİBİN İPTALİ TALEBİ 404
TAKİPTEN SONRA İHTİYATİ HACİZ TALEBİ 468
TAKSİ ŞOFÖRÜ 426

TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ 510
TANZİM YERİ 472
TAPU KAYDINDA DÜZELTİM 374
TARİHSİZ CİRO 470
TASARRUFUN İPTALİ DAVASI 508
TAŞINMAZIN MALİKİNİN DEĞİŞMESİ 389
TAZMİNATI 477
TEKRAR İŞE BAŞLATILMAMA 428
TEMİNAT SENEDİ 481, 484
TİCARİ DAVA 497
TRAFİK KAZASI 503

U

USUL HÜKÜMLERİ 388
UZAMIŞ ZAMANAŞIMI SÜRESİ 466
ÜCRET ARAŞTIRMASI 444
ÜCRET ALACAĞI 463

V

VADEDEN SONRA YAPILAN CİRO 470
VASİYETNAMENİN İPTALİ 376
VATANDAŞLIKTAN ÇIKMA 453
VEKALET ÜCRETİ 380

Y

YAPILMAYAN ZAM ARTIŞLARINDAN KAYNAKLANAN MAAŞ FARKLARI 457
YARGITAY BOZMA İLAMI 369

YARGITAY BOZMASI . 396, 397, 399, 400, 401, 402, 404, 405
YENİ KARAR 396, 397, 401
YENİ KARAR TAKİBİN DEVAMI 402
YETKİLİ HAMİL 481, 491
YOKSULLUK NAFAKASI 377, 380
YOKSULLUK NAFAKASININ ARTIRILMASI 379
YURT DIŞI BORÇLANMASI 345, 453

Z

ZAMANAŞIMI 440