

İÇERİK.DİZİNİ

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

• YAZILAR....

Prof.Dr.Tankut Centel

. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı'nın 2007-2008 Öğretim Yılı Açış Konuşması	2461.
---	-------

Av.Osman Kuntman

. İstenilen Düzeyde Avukat Yetiştirilmesinin Koşullarıyla İlgili Bir İnceleme	2467.
---	-------

Prof.Dr.Dr.S.Ş.Demirbulak

. Kurucu Antlaşma ve İç Pazarda Serbest Dolaşım	2479.
---	-------

Prof.Dr.Selehaddin Anık

. Bilirkişilikte Yaşanan Bazı Olaylara Ait Örnekler	2499.
---	-------

Doç.Dr.Nevzat Alkan

. Ortaokul ve Lise Öğrencilerine Yönelik Tesadüfî(Rastgele) Uyutucu-Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Arama Testi Uygulaması	2505.
---	-------

Yrd.Doç.Dr.Güray Erdönmez

. Varlık Yönetim Şirketlerinin Cebri İcra Yetkilerinin Bankacılık Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi	2517.
--	-------

Av.Nafi Pakel

. İkrarın Bölünmezliği İlkesi ve Uygulaması	2541.
---	-------

Av.Gaye Bumin / Av.Ünal Somuncuoğlu

.Akreditif Hukukuna İlişkin Bazı Düşünceler	2547.
---	-------

Av.Fahri Tan

.Pasif Devre Maddi Tazminat Hesaplarında Doğrular ve Yanlışlar	2551.
--	-------

Betül Aslan

Hukuk Etiği	2561.
-------------------	-------

Fatma Burcu Savaş

.İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile İlamsız Takip	2069.
--	-------

Av.Ali Yaşar Özkan

.Tohumculuk Yasası ve Genetiği Değiştirilmiş Ürünler	2593.
--	-------

Doç.Dr.Seyithan Deliduman

.İflasın Ertelenmesi Davalarında İİK 89.Maddenin Uygulanmada Biçimi Üzerine Düşünceler	2601.
---	-------

UYGULAMADAN DOSYA

Av.Hüzeyin Özbek

. Hukuku Zorlamanın Güncel Örneği: Heybeli Ada Ruhban Okulu	2837.
---	-------

KARAR İNCELEMESİ

Av.Muammer Aydın

Tüketici Hakları Tarihsel Gelişimi ve Yargıtay Kararlarından Örnekler 2821.

• YARGITAY KARARLARI

• Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları	2611.
• Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Kararları	2661.
• Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Kararları	2673.
• Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Kararları	2681.
• Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararları	2691.
• Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Kararları	2701.
• Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Kararları	2707.
• Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararları	2715.
• Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Kararları	2737.
• Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararları	2751.
• Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Kararları	2765.
• Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Kararları	2773.
• Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Kararları	2787.
• Yargıtay 18.Hukuk Dairesi Kararları	2791.
• Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Kararları	2797.
• Yargıtay 8.Ceza Dairesi Kararları	2817.

• AİHM KARARI

Zengin/ Türkiye Davası2851.

GEÇMİŞ ZAMAN YAZILARI2875.

• Yararlı Bilgiler	2439.
• Aktarımlar	1913.
• Ayrılmalar	1914.
• Yitirdiklerimiz	1915.
• Kavramlara Göre Arama Dizini	

YAYIN KURULUNDAN

YAYIN YILININ SONUNDA

Değerli Okurlar...

Yoğun bir yayın yılını daha bitiriyoruz. Elinizdeki dergi bu yılın son dergisi

Bu yıl bir ay özel bir ay genel sayı ile her ay karşınızda olduk. 6 gelen sayı, 6 özel sayı hukuk dergiciliğinde önemli bir sınav. bu sınavı biçimsel olarak başarmanın yanında okurlardan, hukuk çevrelerkinden ve kurumlardan övgü almak da bizi mutlu eden etmenler.

Önümüzdeki yıl nasıl bir yayın yılı geçireceğiz. bunu yayın kurulundaki arkadaşlarımızla tartışıp kararlaştırdıktan sonra sizlerle paylaşacağız.

Özel sayılarımızın konusunu oluşturan özel bir dalda İstanbul Barosu Dergisinin yayın kadeşi olabilir. bu birkaç dalda da olabilir. Aslında Hukuk dergisi ve hukuk kitaplarının okunma (satın alınma) oranlarının ülkemizde çok düşük olduğu bir gerçek. Buna karşın İstanbul Barosu Dergisinin 15.000 baskı sayısına ulaşması salt bu derginin meslektaşlarına ücretsiz verilmesi değildir elbette. Dergimizi yargıçların savcılarının odasında, meslektaşlarımızın bürolarında sıkça görmekteyiz. Aralarına kağıtlar konulmuş, işaretlenmiş okunduğu, okunmakta olduğu belli olan biçimlerde...

Bir yandan Avukatların ve Avukatlığın sınırları daraltılmak istenirken öte yanda Dergimizin yaptığı bu

atak elbette ki mesleğimiz açısından oldukça büyük önem taşımaktadır.

Yukarıdaki paragrafta mesleğimizin sınırlarının daraltıldığından söz ettik. Hem CMK'da yapılan değişikliklerle ve hem de Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanarak yürürlüğe giren Kalem Yönetmeliği ile giderek bir cendereye sıkıştırılmak isteniyoruz.

Bu cendereyi patlatacak güç elbette meslektaşlarımızda bulunmaktadır. Ama bu potansiyel gücün elbirliği ile enerjiye dönüşmesi gerekmektedir. bu enerjiye dönüşümü gerçekleştirecek olan kurumlar da Barolar Birliği ve tüm baroların işbirliği yapmasıdır.

Yayın Kurulu üyesi İsmail Gömlükli arkadaşımız Bakırköy'de bir iş mahkemesinde kendi dosyasından fotokopi almak isterken kendisinden dilekçe istenmişti. Gene Başar Yaltı arkadaşımızın da başından anımsayacağınız bir hazırlık dosyası okunmak isterken vekaletname istenmişti.

Nereye gidiyoruz?...

Bu ülkede bilgi edinme yasaları ile yurttaşlara tanınan haklar bu işi meslek olarak yapan avukatlardan sakınıyor mu?

Hukuka aykırılıkların denetlenmesi ve yurttaşın adalete erişimi engellenmek mi isteniyor?..

Sayın meslektaşlarımın bu konuya daha sonra değinmek üzere şimdilik dikkatlerini çekmek istiyorum...

Yayın Kurulu Başkanı

Av. Celal ÜLGEN

BAŞKANIN PENCERESİNDEN

MAHMUT ESAT BOZKURT AYDINLIĞI

Av. Kazım KOLCUOĞLU

İstanbul Barosu Başkanı

"Cumhuriyet Savcıları Meriç kıyılarında çalışan Türk köylüsünün kaybolan sapanlarından tutunuzda, bu yurttta yaşayanların uğrayacakları en ufak bir haksızlıktan, hatta Bingöl dağlarının ıssız kuytularında nafakalarını bekleyen öksüzlerin gözyaşlarından siz sorumlusunuz!"

Mahmut Esat BOZKURT

1. Dönem Adalet Bakanı

Her devrim, kendi kuşağını yaratır. Doğaldır ki, kendi yönetim kadrosunu da. Böylece liderin çevresinde kadroyu oluşturan yöneticiler sayesinde, devrimler tabana yayılır ve geniş halk kitlelerince özümser. Liderin geniş görüşlülüğü ve devrim kadrolarının anlayışı çerçevesinde girilen özverili çaba sayesinde halk, devrime bağlanır. Yapılan köklü reformlar ve getirilen yeni kurumlar halk nezdinde itibar görür.

Kemalist devrimin gerçekleşmesinde **Mustafa Kemal Atatürk**'ün dehası önde gelir. O'nun sayesinde ki, asırlardır imparatorlukla yönetilen, padişahın dudaklarından çıkan bir çift sözle insanlara hükmettiği bu topraklara, Cumhuriyet yönetim şekli olarak yerleşmiş, "akul dinden, bilim inançtan sıyrılarak" laiklik devlet yönetiminde temel ilke olarak benimsenmiştir.

Kuşkusuz laikliğin yerleşmesi hiç de kolay olmamıştır. Atatürk'ün

ve yakın çevresinin başından beri aklında olan "laiklik," ilk anayasada yer alamamış, toplumun alışma süreci düşünülerek bir süre beklenilmiştir. Cumhuriyet'in ilanından beş yıl sonra yani 1928 yılında Anayasa'dan, devletin dini bölümü çıkarılmıştır. Laiklik sözcüğünün Anayasa'ya girmesi daha sonralara, 1937 yılına denk gelir.

Kılık kıyafetten toplumsal düzene dek laikliğin gerekleri toplumca her alanda hissedilmeye başlanmış ve küçük bir azınlık dışında toplumda geniş kabul görmüştür. Cumhuriyet'i kuranların en önemsedikleri konu hukukta laikliğin biran önce gerçekleşmesiydi.

Bilindiği gibi Osmanlı'da Mecelle uygulanıyordu. Kadının tanıklığı geri plandaydı. Mirasta erkek bir pay alıyorsa, kadın bunun yarısını alabiliyordu. Erkeğin boşanma hakkı vardı. Hatta tek sözcükle "Boşol" diyerek bu hakkını kullanıyordu. Bunu yaptığı zaman kimse erkeğin yakasına yapışmıyor, baş-

ta onca yıllık karısı olmak üzere hiç kimse erkeğe bu hareketinin hesabını soramıyordu. Kadın, şeriat hukukunun bir gereği olarak bir başına ya babasının evine dönüyordu, ya da kelimenin tam anlamıyla ortada kalıyordu.

Laikliğin toplum nazarında benimsendiğinin en önemli kanıtı, Cumhuriyetle gelen Medeni Yasasının kabulüydü. Cumhuriyet aydınlanması, hukuk devrimi ve nihayet Türk Medeni Yasası denince akla ilkin Atatürk gelir. Sonra da **Bozkurt!**.. Peki, kimdi bu Bozkurt?

1912 yılında İstanbul Hukuk Mektebi'nden mezun olan Bozkurt, İsviçre'de Kapitülasyonlar üzerine yazdığı tezle hukuk doktoru olur. 1919'da İsviçre'nin Lozan kentinde kurulan Türk Talebe Cemiyeti'nin başkanlığına seçilen Mahmut Esat Bey, İzmir'in Yunanlılar tarafından işgalinden sonra Kurtuluş Savaşı'na katılmak üzere yurda döner ve Kuşadası'nda Kuvayi Milliye'yi kurarak Kurtuluş savaşında aktif olarak yer alır. Cumhuriyetin kurulmasıyla birlikte, mecliste milletvekili olur ve fikrinde her zaman var olan hukuk devrimini gerçekleştirmek için eşsiz bir çabaya girişir.

Daha sonra yeni kurulmuş Cumhuriyet'in uluslararası yargıya taşınan **Bozkurt-Lotus** davasında Türkiye Cumhuriyeti'ni M. Esat Bozkurt adında genç bir Adalet Bakanı temsil eder. Bozkurt bizzat kendisi tarafından hazırlanan savunma sayesinde bu davayı kazanır. Ve Mustafa Kemal Atatürk tarafından kendisine bu davada ge-

çen geminin adı olan **Bozkurt**, soyadı olarak verilir.

Bozkurt'un önemli başarısı kuşkusuz ki bu kadarla sınırlı değildir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi şer'i hukuk kurallarından oluşturulmuş Mecelle yerine, İsviçre'den alınan Türk Medeni Yasası'nın Türk Hukuk sistemine uydurulması da onun özverili çabalarıyla gerçekleşir. Onun Türk Medeni Yasasının önsözüne yazdığı metin, yalnızca Atatürk devrimlerinin kuramsal özünü oluşturmaz aynı zamanda laikliğin gerekliliğini de vurgular. Önsözde yer alan cümlelerden bir kısmına burada yer vermek yazının amacına ulaşması bakımından kaçınılmazdır: "Gelenek ve göreneklere kesin olarak bağlı kalmak davası, insanlığın en ilkel durumundan bir adım dahi ileri götürmeyecek kadar tehlikeli bir kuramdır. Hiçbir uygar ulus böyle bir inanç çevresinde kalmamış ve yaşamın gereklerine uygun hareketle zaman zaman kendini bağlayan gelenek ve görenekleri yıkmakta duraklamamıştır. (...) Türk Medeni Yasası'nın Türkiye Cumhuriyeti'nde uygulama ortamı bulamayaacağı düşüncesi sakattır. Bu tez, Türk Ulusunun uygarlık yeteneğine sahip bulunmadığını belirten bir mantık dizisine varılmasıyla sonuçlanabilir. Halbuki olayların gerçeği, durum ve tarih bu iddianın tamamen tersidir. Türk yenileşme tarihi tanık tutularak denilebilir ki, Türk Ulusu yüzyılımızın gereklerine uygun olarak vücuda getirilen kabul edilebilir ve sağlam ve akıl ve zekâ

ile yoğrulmuş yeniliklerden hiçbirine karşı çıkmamıştır.”

17 Şubat 1926'da oybirliği ile kabul edilen Medeni Yasanın mimarı olan Bozkurt, yasanın altı ay gibi kısa bir süre sonra kesin olarak uygulanmasını ısrarlı talepleriyle kabul ettirmiştir. Bu sürenin *çok kısa olduğunu ileri süren ve İsviçre'de bile 4 yıllık geçiş döneminin öngörüldüğünü dine dayalı hukuk sisteminin kolay kolay değiştirilme-yeceğini* öne sürenlere karşı da Türk Hukukçularına güvendiğini ve bu güven ve inançla altı aylık sürenin yeterli olacağını bildirmiştir. Medeni yasayı sırasıyla, diğer temel yasalar izlemiştir. **Yusuf Ziya Ortaç**, onun için *İsviçre dağlarından Anadolu dağlarına silah omuzda koşan hukuk doktoru* diyerek tanımlamakta, ve *vatan hududundan fikir hududuna dek her cephede dövüşe dövüşe elinde kalemle yaşama veda ettiğini* vurgulamıştır.

Bozkurt'un üzerinde durduğu çağdaşlık konusunun ne derece önemli olduğu günümüzde yaşanan kimi olaylardan açıkça görülmektedir. Bu altın değerindeki satırlar, bugün de geçerliliğini korur. Ancak günümüzde Cumhuriyet Aydınlanmasından rahatsız olan çevrelerin homurtularını da duymazlıktan gelemeyiz. Aydınlanma devrimini gerçekleştirenler bugünkü manzarayı görseler ne düşünürlerdi acaba? *Kadınların mecellede adı yoktu.* Türk kadını, haklarına Türk Medeni Yasası sayesinde kavuştu. Mirastan eşit pay aldılar. Mahkemelerde tanıklıkları erkeklerle aynı seviyeye geldi. Dahası, kadınlar es-

kiden tanık olarak bile itibar görmedikleri mahkemelere Atatürk Devrimiyle birlikte yargıç olarak atandılar. Şimdi kimi kadınlar, erkek baskısına boyun eğerek, başlarını örtüyorlar ve bunu topluma dayatarak üniversitelerde okuma haklarından vazgeçiyorlar. İşin acı olan tarafı, yüz yıl önce kız öğrenciler, Osmanlı'da okullara gönderilmiyorlardı.

Oysa Mahmut Esat Bozkurt, çağdaşlık ve gelişimin önemini, "Çağdaş uygarlığı almak ve benimsemek kararıyla yürüyen Türk Ulus'u, çağdaş uygarlığı kendisine değil, kendisi çağdaş uygarlığın gereklerine her neye mal olursa olsun ayak uydurmak zorundadır" diyerek, ortaya koymuştu.

Baro Yönetim Kurulu olarak bu büyük hukuk ve aydınlanma savaşı adına, bir hukuk ödülü verilmesini de kararlaştırdık. Aldığımız kararla, İstanbul Barosu Yönetim Kurulu, laik hukuk devrimimizin mimarlarından, seçkin hukukçu Mahmut Esat Bozkurt adına, her yıl hukukun üstünlüğünü Cumhuriyetin kazanımlarını, çağdaşlaşmayı savunan bu alanda önemli çalışmalar yapan bir hukukçuya Mahmut Esat Bozkurt Hukuk ödülü verilmesini kararlaştırdı. İstanbul Barosu olarak, Cumhuriyetin ve çağdaşlığın çerçevesini oluşturduğu laik, çağdaş hukuk düzenini, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını, laik demokratik cumhuriyeti Mahmut Esat Bozkurt'un devrimci anlayışı çizgisinde sürdürüleceğini bir kez daha açıklamak istediğimiz belirttik.

Laik ve demokratik Türkiye Cumhuriyeti varlığını sürdürdüğü sürece Mahmut Esat Bozkurt adı ve adına verdiğimiz ödül de sürecektir.

Bozkurt adına hazırlanan bu değerli eser için kaleme aldığım yazıma son vermeden önce, Baromuzun Cumhuriyet dönemi başkanlarından **Halil Hilmi** Bey'in, 1929 yılındaki baro kuruluş yıldönümünde söylediği sözlere de vurgu yapmak istiyorum: **“Memleketimizde avukatlığın bir meslek halinde teşekkülü, tarihi eski değildir. Bu tarih, 1292 1876 dan başlarsa da Cumhuriyet devrine gelinceye dek mesleğimiz hiçbir zaman seyri tekamülünü takip edememiştir. Kuruluşunu kutladığımız Baromuz, bugünkü varlığını ve**

mevcudiyetini ancak Cumhuriyet devriyle kazanabilmiştir.”

Halil Hilmi Bey'in sözlerine yansıyan konu, laik hukuk devriminin önemini ortaya koyar. Bir Hukuk Kurumu olarak İstanbul Barosu, dün olduğu gibi bugün de hukuk devrimini gerçekleştiren Kemalist devrimin aydınlanma savaşçılarına, olan minnettarlığını sonsuza dek sürdürecektir.

Bu duygularla yazıma son verirken baro yayın kurumumuzca Mahmut Esat Bozkurt Anısına bir kitap çalışması hazırlıkları sürdürdüğünü de belirtmek isterim. Aralık ayı içerisinde bu eseri yayımlayarak tüm hukukçu ve meslektaşlarımızın onu daha yakında tanımalarına katkıda bulunmayı amaçlıyoruz.

YAZILAR

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DEKANI'NIN 2007-2008 ÖĞRETİM YILI AÇIŞ KONUŞMASI^(*)

*Prof. Dr. Tankut CENTEL^(**)*

Saygıdeğer konuklar, sevgili öğrenciler, değerli öğretim üyeleri,

Yeni bir öğretim yılı olan 2007-2008 Öğretim Yılı'nın açılışında, yeniden sizlerle birlikte olmanın onurunu ve sevincini yaşıyor olmamız nedeniyle son derece mutluyuz.

Bu yıl da aramıza, 450 yeni öğrenci katılmış bulunuyor. 2007-2008 Öğretim Yılı içinde aramıza katılan yeni öğrencilerimize, Fakültemize "hoş geldiniz" diyoruz. Yeni öğrenci arkadaşlarımızın, Fakültemize kayıtları sırasında kendilerine tayin edilen akademik danışmanlarıyla ilişkiye girmelerini ve gerekli rehberlik hizmetini almalarını diliyorum.

Yeni gelen öğrencilerimiz, ilk başta yabancı bir ortama katılmanın ürkekliğini yaşıyor olmalılar. Ancak, bir süre sonra, üniversite ortamının sıcaklığına alışacaklar. Sizler, belli bir dönem sonunda, kiminiz yargıç veya savcı, kiminiz avukat ve kiminiz de hukuk öğretim üyesi olacaksınız ya da bunların dışındaki bir alanda çalışacaksınız. Hukuk mesleğinin böylesine geniş bir alana yayılmış olması, hukuk öğrenimi görmüş bulunmanın yarattığı bir ayrıcalıktır. Bu anlamda, hukuk öğrenimi, toplumda birçok alanı açan bir anahtardır.

Ancak, ne olursanız olun; önde gelen kimliğiniz, çağdaş hukukçuluk olmalıdır. Çağdaş hukukçu, hukukun üstünlüğüne inanan, laik ve demokratik Cumhuriyeti özümseyen ve insan haklarının yorulmaz savunucusu olan kişidir. Bu anlamda, çağımızda demokratik düzenlerin temelini oluşturan ana değerler, demokrasi, laiklik ve insan haklarıdır. Günümüzde Türk toplumuna dayatılmak istenen Anayasa Taslağı ise, belirtilen değerlerden uzaktır.

(*) 3 Ekim 2007 Çarşamba saat: 11.00 I no.lu Anfi

(**) İstanbul Hukuk Fakültesi Dekanı

Anayasalar, toplumsal evrim sürecine göre değişmektedir. Buna göre, hem anayasa toplumu ve hem de toplum anayasayı şekillendirmektedir. Hatta, rejim yenilenmese dahi, anayasaların yenilendiği görülür. Bu bakımdan, yeni anayasa ya da Anayasada değişiklik, olağan bir durum olarak karşılanmalı; Türk toplumuyla uyuşmayacak anayasal hükümlerden veya anayasal değişikliklerden ise, korkulmalıdır. Buna göre, yapılacak değişiklikte Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesinin ve temel değerlerinin yadsınmaması ve güçsüzleştirilmemesi, aydınlanma çağının ürünü olan ve ulus devletimizin temelini oluşturan laiklik ilkesinin içinin boşaltılmaması, ülkemizin tam bağımsızlığından ve bölünmez bütünlüğünden vazgeçilmemesi ve değişikliğin toplumsal uzlaşma içinde gerçekleştirilmesi, temel dileğimizdir. Atatürk İlke ve Devrimleri ile Cumhuriyet kazanımlarına ters düşecek bir değişikliği, içimize sindirebilmemiz mümkün değildir. Buna ilişkin görüşler, Üniversitemiz Senatosu'nun 13 Eylül 2007 günlü kararında, tüm açıklığıyla belirlenmiştir.

Fakültemiz açısından geçmiş öğretim yıllarından gelen bazı önemli eksikliklerimiz, halen sürmektedir. Bunların önemli bir bölümünü, önümüzdeki öğretim yılı içinde gidermeyi umuyoruz. Ülkemizdeki hukuk lisans öğretimi, devlet ve vakıf üniversiteleri bünyesinde faaliyet gösteren toplam 37 hukuk fakültesince yürütülmektedir. Bunun anlamı, bizim dışımızda 36 rakibimizin olduğudur. Sınırlı devlet olanakları içinde, öncelikle hizmet ortamının iyileştirilmesi, mevcut sorunların başında gelmektedir. Bu bağlamda, öğrenci arşivlerimizin önemli bir bölümünü, geçen zaman içinde yenilemiş bulunuyoruz. Arşiv yenileme projemizi hayata geçirmede önemli görev yüklenmiş bulunan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mezunları Derneği'ne bu vesileyle candan teşekkür etmek isteriz.

Bu öğrenim yılında, Fakültemizin 128. kuruluş yıldönümünü kutlayacağız. İstanbul Hukuk Fakültesi'nin böylesine köklü bir geçmişinin olması, hepimiz için, büyük bir onur ve gurur kaynağı olmaktadır. Ancak, her kurum gibi Fakültemiz de, ülkenin ve devlet üniversitelerinin içinde buldukları olumsuz koşullardan etkilenmektedir. Nitekim, yüksek öğretime ayrılan bütçe payı, her geçen yıl erimektedir. Buna karşın, Fakültemizin demokratik ve laik hukuk öğretimini sürdürmedeki kararlılığı, asla sarsılmış değildir.

Bu konuda, İstanbul Üniversitesi'nin ve giderek, İstanbul Hukuk Fakültesi'nin geçmişten gelen duruşu bellidir ve değişmemiştir. Bunun için, tüm kısır ve bireysel çekişmelerden uzak durmalıyız. Zaman içinde yaşanan öğrenci olaylarında, aklımızda, ülkemizin birlik ve beraberliği düşüncesi olmalıdır. Gericiler ve bölücüler dışında, herkesle birleşmeliyiz.

Önümüzdeki öğretim yılında, yine, öğrenci kulüplerine, öğrenci değişim programlarına ve yurt dışına toplantıya gidecek öğrencilerimizden gereken destek ve teşvik esirgenmeyecektir. *Erasmus programları* çerçevesinde, birçok yabancı hukuk fakültesiyle olan ikili ilişkiler, başarıyla

sürdürülmektedir. Bunun gibi, öğrencilerimizin öğrenim bursu ve kitap yardımı gereksinimleri de, Fakültemizin ilişkide olduğu vakıflar yoluyla, azami düzeyde karşılanmaya çalışılmaktadır.

Sevgili öğrenciler, değerli öğretim üyeleri,

Bizler, İstanbul Hukuk Fakültesi'nin tüm akademik ve idari personeli, öğrenci ve öğrenci yakınları, İstanbul Hukuk Fakültesi mezun ve mensuplarıyla birlikte, Atatürk İlke ve Devrimlerine candan bağlı ve akli özgür bir Cumhuriyet kuşağını yetiştirmeyi ve ülkemize kazandırmayı amaçlıyoruz. Belirtilen inanç ve birlik beraberlik içinde, 2007-2008 Öğretim Yılı'nın, öğrencilerimiz ile öğretim elemanlarımız ve idari personelimiz için, başarılı geçmesini içten diliyor, hepinize en derin sevgi ve saygılarımı sunuyorum.



**AVUKATLIK STAJI, STAJ EĞİTİM MERKEZİ, AVUKATLIK SINAVI,
SINAVIN KALDIRILMASINA İLİŞKİN 5558 SAYILI KANUNLA İLGİLİ
AÇIKLAMALAR**

ve

**İSTENİLEN DÜZEYDE AVUKAT YETİŞTİRİLMESİNİN
KOŞULLARIYLA İLGİLİ BİR İNCELEME**

Av. Osman KUNTMAN

1) GİRİŞ

Güncel Hukuk Dergisi'nin 2005 yılı Mayıs ayı nüshasında Stajyer Avukat Cem Karako imzasıyla yayınlanan "Stajyer Avukat Ne İşe Yarar" başlıklı yazıyı okuduğumda, başlığını doğru bulmadığım halde, kurulduğu 1996 yılından beri görev yaptığım İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi'nin bir üyesi olarak üzerinde durulması gereken önemli bir konu olduğu kanaatima vardım.

Cem Karako, Hukuk Fakültesi'ni bitirip avukatlık stajı için Baroya başvurarak staja başlamasından sonra karşılaştığı durumlarla ilgili düşüncelerini şaşkınlık, hatta bir moral bozukluğu içinde dile getirir ve yazısını şöyle bitirir:

"...Bir bakar ki; stajının son döneminde sulh hâkiminin karşısında savunmasını yapabiliyor, dava dosyalarını inceleyebiliyor, temsil ilişkisinde iyi kötü bir yer edinebilmişken, ne bir sosyal sigortası ne de bir güvencesi vardır.

Sadece stajyer avukattır adı. Sadece düşünür; hakikaten ne işe yarar bu stajyer avukat?"

Çok ilginç bir rastlantı, değerli meslekdaşım Av. Başar Yaltı'nın 23 Mayıs 2005 günlü Cumhuriyet gazetesinde yayınlanan "Avukatlığa Başlarken ya da Tabula Rasa-Boş Levha" başlıklı yazısı, Cem Karako'nun düştüğü umutsuzluğu bir yönüyle aydınlatacak nitelikteydi.

Av. Başar Yaltı, bu yazısında özetle:

"...İngiliz düşünür John Locke, deneyici bilgi kuramını geliştirerek felsefeye, 'Tabula Rasa' deyimini kazandırmıştır, Tabula Rasa, Latin-

ce bir sözcük olup boş levha demektir. Deneyci Bilgi kuramı, bilginin kaynağını, duyuların dış dünyadan edindiği deneyimler olarak görür. Locke'a göre, başlangıçta boş bir levha olan insan zihni, duyularımızın dış dünyadan edindiği idea'larla zamanla dolar ve bilgilerimiz böylece oluşmaya başlar... Başlangıçta avukatlık mesleği konusunda hiçbir bilgi sahibi olmayan hukuk fakültesi mezunları, bir yıllık avukatlık stajı süresince, adliye koridorlarında, mahkeme salonlarında, mahkeme kalemlerinde, icra müdürlüklerinde ve de staj yaptıkları avukat bürolarında edindikleri deneyim ve yaptıkları gözlemlerle avukatlık olgusu hakkında bilgi toplayıp bu bilgileri zihinlerinde depolarlar...

'Avukat' olgusunda dikkat çekmek istediğimiz konu, olması gerek avukat imgesiyle toplumun algıladığı avukat imgesi arasındaki ayrımın gittikçe büyümekte olduğudur...

İyi bir avukatın, mesleğinin değerleriyle adaletin gereklerini nesnel bir süzgeçten geçirebilme ve hukuksal değerler arasında sağlıklı seçim yapabilme yeteneğine sahip olması gerekmektedir...

İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi'ndeki derslerde ve söyleşilerimizde, stajyer avukatların birçok konuda düş kırıklığı içerisinde olduklarını üzümlere saptamaklıyız. Bu düş kırıklığının en önemli nedeni idealize edilen avukat kimliğiyle adliye koridorlarında karşılaşılan avukat kimliği arasındaki çelişkidir.

Ayrıca, adaletin yerine getirilmesinde avukatın üstlendiği işlevin yetersizliğiyle başlayan şaşkınlık, avukatın kendisini yargılamada ikincil bir sūje olarak görmesine neden olmakta; kendisini göreceli olarak önemsiz biri gibi duyumsayan avukat ise ister istemez 'iş bitirici (!)' bir anlayışa yönelmektedir... Özensiz görüntü veren, sevgi ile lâubaliliği saygı ile dalkavukluğu karıştıran 'kötü örnek' avukatlar 'Tabula Rasa' yazılan ilk bilgi parçalarıdır.

...

Toplumsal bellekte, avukatlar yönünden daha fazla imge yanılması olmaması için, gerek yasalar yoluyla gerekse Barolar Birliği tarafından ortaya konulan meslek kurallarıyla üretilen etik ve estetik avukat anlayışına ulaşmanın koşulları, barolar ve TBB tarafından araştırılmalı ve çözüm önerileri ivedilikle tartışmaya açılmalıdır".

demektedir.

Böylece, beni bu incelemeyi yapmaya yönelten sebebi ve bu konudaki açıklama ve yol gösterici tutumuyla Sayın Yalıtı'nın önemli yazısının bir bölümünü açıkladıktan sonra, 1) Avukatlık Stajı-Staj Eğitim Merkezi; 2) Avukatlık Sınavı; 3) Sınavın kaldırılmasına ilişkin 5558 Sayılı Kanunla ilgili açıklama yapmak ve 4) İstenilen düzeyde avukat yetiştirilmesinin koşulları üzerinde durmak istiyorum.

II) AVUKATLIK STAJI

Bugünkü düzenlemeyi incelemeden önce, geçmiş dönemdeki kurallar üzerinde durmakta yarar vardır.

Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki 13 Ocak 1876 tarihli "Mehakimi Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname"de, 13 Kasım 1882 tarihli "Dava Vekilleri Hakkında Rumeli Şarkıye Mahsus Kanunu Vilayet"te ve 4 Ocak 1891 tarihli "Girit Davavekilleri Hakkında Nizamname"de dava vekili olabilmenin koşulları arasında staja yer verilmemiştir.

Cumhuriyet döneminde yürürlüğe konulan 3 Nisan 1924 günlü ve 460 sayılı Muhamat Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinde avukat olabilmek için aranan 5 koşulun dışında, (müddeti mülâzemeti ikmal etmiş olmak lazımdır) şeklinde 6. bir koşul öngörülmüştür.

Mülâzemet, bir işle devamlı uğraşma, kendini bir işe verme, bir işe başlayabilmek için, o işe, ücretsiz devam etme, staj görme anlamına gelmektedir (Meydan Larousse, 1972, 9. Cilt, s. 134).

460 sayılı Muhamat Avukatlık Kanununda stajla ilgili başka hiçbir düzenleme bulunmadığı gibi, 6. bentte yer alan: "Mülâzemet müddeti tarihi müracaattan itibaren üç senedir. Bu müddet zarfında mülâzemeti mahsusu cinayet mahkemesi bulunan şehir ve kasabalarda bir memuriyeti adliyyede istihdam suretiyle ifa ettirilir..." hükümleri de bu müddetin bugünkü anlamda bir staj süreci olmadığını göstermektedir.

STAJ, ilk önce 27 Haziran 1938 günlü ve 3499 sayılı Avukatlık Kanununun İkinci Faslında yer alan 8-21. maddeleri hükümleriyle esaslı bir şekilde düzenlenmiştir.

Kanununun 14. maddesinde, mahkemeler nezdindeki staj süresi (altı ay olarak), 16. maddesinde de avukat yanındaki süre 19 Ocak 1943 günlü ve 4359 Sayılı Kanunla (bir yıl olarak) belirlendiği halde 16 Şubat 1948 günlü ve 5178 Sayılı Kanunla (kesimsiz olarak en az altı aya) indirilmiştir.

Staj, 7 Temmuz 1969 günü yürürlüğe giren 19 Mart 1969 günlü ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun Dördüncü Kısımında 15-27. maddeleri hükümleriyle yeniden düzenlenmiştir.

Kanununun 15. maddesinde, (stajın bir buçuk yıl olduğu), ilk altı ayının mahkemelerde ve geri kalan bir yılının da en az beş yıl kıdemi olan avukat yanında yapılacağı belirtilmişse de, 30.1.1979 günlü ve 2178 Sayılı Kanununun 4. maddesi hükmüyle bu süre (bir yıla indirilmiş), altı ayının mahkemelerde, altı ayının avukatın nezdinde yapılacağı öngörülmüştür. Hâlen bu hüküm yürürlükte.

Öncelikle, zaten kısa olan staj süresinin bir yıla indirilmesinin yanlışlığını belirtmek isteriz.

Avukatlık staj süresi, Polonya'da 3,5; Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Hollanda'da 3; Almanya, Finlandiya, İngiltere, İrlanda, İsveç, İsviçre, İtalya ve Peru'da 2 yıldır. (Bilgiler, İstanbul Barosu Stajyer

Avukatlar Komisyonu'nun 2002 Nisan ayında yayınladığı KILIÇ VE TERAZİ başlıklı kitapçıktan alınmıştır).

Bu kitapçıkta Stj. Av. Özgür Can, Karşılaştırmalı Hukuk Eğitimi başlıklı yazısında, farklı ülkelerde (hukuk eğitiminin kaç yılda verildiği, eğitim sonrası avukatlık mesleğini icra edebilmek için ne gibi koşulların arandığı ve uygulandığı) konularında ayrıntılı bilgiler vermektedir.

STAJ EĞİTİM MERKEZİ

Daha 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 23. maddesinin 02. 05.2001 günlü ve 4667 Sayılı Kanununun 13. maddesiyle değiştirilerek stajyerlerin (baroca düzenlenen eğitim çalışmalarına katılmasını öngören hükmü) yürürlüğe konulmadan önce, İstanbul Barosu Yönetim Kurulu konunun önemini gözönünde tutarak; Antalya'da 25-29 Ekim 1995 tarihlerinde "AVUKATLIK MESLEĞİ-Sorunlar-Çözüm Perspektifleri Sempozyumu"nu düzenlemiş, akademisyenler ve avukatlar staj eğitimi de dahil birçok konuyu tartışmışlar, görüşmeler 500 sayfalık bir kitap olarak 1 Mart 1996 tarihinde Baromuz tarafından yayınlanmıştır.

İstanbul Barosu Yönetim Kurulunca hazırlanan Staj Eğitim Merkezi Taslağı 1996 yılının başında tartışmaya açılmış, "İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi İç Yönetmeliği" 19.10.1996 günlü Genel Kurul toplantısında kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur.

Staj Eğitim Merkezi; özgür, bağımsız, meslek ilkelerine bağlı uygulamada karşılaştığı sorunları hukuk devleti ilkelerine ve hukukun üstünlüğü kurallarına uygun olarak çözümleyecek, âdil ve etkin bir yargılamaya ulaşmak amacıyla yargının kurucu bir ögesi olarak görev yapacak avukatlar yetiştirmek amacıyla hizmet vermektedir (19 Aralık 2001 günlü ve 24615 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Staj Yönetmeliği'nin 22. maddesi hükmü).

Staj Eğitim Merkezi'yle ilgili olarak stajyerlerimizin düşünce ve önerilerine kulak vermekte yarar vardır.

Stajyerler:

"...Bugün Türkiye'nin her köşesinde açılan hukuk fakülteleri, düşen eğitim kalitesi ülke politikalarının yanlışıdır. Ve biz hukukçular bu yanlışı düzeltmek yerine yanlışı yok saymak yoluna gidemeyiz. Sebabi olmadığımız sorunların mağduru olmayı da kabul etmiyoruz...

Hukukçuyu avukat yapan Staj Eğitim Merkezleridir. Meslekte kaliteyi artırmak mı istiyorsunuz, hep beraber Staj Eğitim Merkezlerini güçlendirelim. Ancak tüm gün çalışmak zorunda kalan stajyerlerin bu merkezden yeterince yararlanmaları beklenemez...

Her şeyden önce; stajyer avukat, mesleğe hazırlık dönemi olan bu süreci verimli ve üretken kılabilmek için sosyal haklarına kavuşturulmalı, ekonomik yönden bağımsızlığı sağlanmalıdır..."

demektedirler. (Yukarıda değinilen kitapçıktan alınmıştır)

Stajyerlerin Avukatlık Staj Yönetmeliği'nin 22/1. maddesi hükmünde öngörüldüğü üzere; özgür, bağımsız, meslek ilkelerine bağlı uygulamada karşılaştığı sorunları hukuk devleti ilkelerine ve hukukun üstünlüğü kurallarına uygun olarak çözümleyebilecek düzeyde eğitilmelerinden barolar sorumludurlar.

İstanbul Barosu'nun, sağladığı derslikler; araç ve gereçler, ders programları; yönetici ve eğitim kadrolarıyla bu hizmeti büyük ölçüde yerine getirdiği söylenebilir.

Ancak, stajyerlerin de eğitime ilişkin olarak SEM tarafından konulan kurallara uymaları gerekmektedir.

On yıldan beri İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezinde, "Avukatlık Sözleşmesi-Avukatın Ücret Hakkı" konusunda stajyerlere bilgi sunan bir avukat sıfatıyla belirteyim ki; staja başlayanların çoğunluğunda –bir yazarın deyimiyle– nitelikli merak yoktur. Bana göre, staj eğitimi gören kişinin öncelikle kendi mesleğine ilişkin konularda, bir seçkin olarak “neden”, “niçin” sorularını sorması, konuları diğer stajyerlerle ve eğitim görevlileriyle (tartışması) şarttır. Bu nitelikli merakın bulunmaması ve staj süresinin de çok kısa olması sonucunda stajyerler istenilen düzeyde bir deneyime sahip olmadan mesleğe atılmak zorunda kalmaktadırlar.

Bunun dışında: stajyerlerin çoğunluğu, Baro tarafından bastırılarak kendilerine verilen Avukatlık Kanunu metnini yanlarına almamakta; metne bakarak konuyu takip, sorulan sorulara cevap vermek ve özellikle de eleştirel biçimde tartışmakta istekli olmamaktadırlar.

Bir bölümü yukarıda açıklanan olumsuz durumlar yüzünden avukatlık stajının istenilen düzeyde yapıldığını söylemek mümkün değildir.

Yukarıda yazısından alıntı yaptığım Sayın Yalıtı'nın da dikkat çektiği gibi, Türkiye Barolar Birliği'nin ve baroların bu çok önemli konuyu bir an önce ele alıp sorunları çözüme bağlaması gerekmektedir.

III) AVUKATLIK SINAVI:

Son maddesinde: "...Yalnız Dersaadette (İstanbul'da) uygulanacağı" belirtilen 13 Ocak 1876 günlü Nizamnamede, dava vekâleti silkine (yani mesleğine) kabul koşulları arasında sınav zorunluğu yoktur.

Osmanlı İmparatorluğunun Rumeli Şarkî Vilâyetinde uygulanan 18 Kasım 1882 yürürlük tarihli Kanunun 3/5. maddesi hükmüne göre, ruhsat şahadetnamesi verilebilmesi, bu konuda kurulan komisyon huzurunda sınav vermesi şartına bağlanmıştır. Ancak, üniversiteden hukuk diploması, o kuvvette şahadetnamesi olanlarla adliye mahkemelerinde iki buçuk yıl hâkimlik ve âzâlık sıfatıyla görev yapıp iktidarsızlık engeliyle azilleri vuku bulmayanlar sınavdan muaf sayılmışlardır.

Cumhuriyet döneminde yürürlüğe konulan 3 Nisan 1924 günlü ve 460 sayılı Muhamat-Avukatlık Kanunu'nun avukatlığa kabul şartları arasında sınava yer verilmemiştir.

1 Aralık 1938 tarihinde yürürlüğe konulan 27 Haziran 1938 tarihli ve 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nda sınavla ilgili bir hüküm bulunmadığı halde, 19. maddenin 19 Ocak 1943 günlü ve 4359 Sayılı Kanunla değiştirilmesi sırasında:

"Staj müddetini bitirmiş ve seciye ve ahlakça kabule mâni bir hâli görülmemiş olanlar imtihana kabul olunurlar.

Kabule mâni hâlin takdiri vekâlete aittir. Vekillikçe bu hususta itihaz olunacak karar aleyhine hiçbir mercie müracaat olunamaz.

İmtihanda ehliyet göstermiş olanlara ait mazbataların bir sureti kayıtlı oldukları baroya gönderilir."

hükmü yürürlüğe konulmuştur.

Ancak, 19. maddenin 16 Şubat 1948 günlü ve 5178 Sayılı Kanunla yeniden düzenlenmesi sırasında SINAVA YER VERİLMEMİŞTİR.

Başbakanlık tarafından 23.1.1967 tarihinde Millet Meclisi Başkanlığına sunulan "Avukatlık Kanunu Tasarısı"nda sınav şartı bulunmadığı halde, daha önce Meclise sunulan Konya Milletvekili Fakih Özfakih ve 21 Arkadaşının hazırladığı "Avukatlık Kanunu Teklifi'nin dördüncü kısmının başlığı "Avukatlık İmtihanı" olup, bu teklif tasarı ile birlikte görüşme konusu olmuş ve sonuçta "Avukatlık Sınavı" konusu 19 Mart 1969 günlü ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 28-33. maddeleriyle düzenlenmiştir.

Daha sonra, 32 ve 33. maddeler 30 Ocak 1979 günlü ve 217/8 Sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış, 28, 29, 30 ve 31. maddeleri hükümleri 02.05.2001 günlü ve 4667 Sayılı Kanununun 17, 18, 19 ve 20. maddeleri hükümleriyle yeniden düzenlenmişse de, 28.11.2006 günlü ve 5558 Sayılı Kanununun 1. maddesi hükmiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

İstenilen düzeyde avukat yetiştirilmesi bakımından bize göre kilit taşı durumunda olan (avukatlık sınavı) ile ilgili kanuni düzenlemelere baktığımızda, yasama organının bu önemli unsura hiç değer vermediği, düzenlemeyi yaz-boz tahtasına çevirdiği, daha sonra da 5558 Sayılı Kanunla sınavı kaldırarak son noktayı koyduğu görülmektedir.

IV) 5558 SAYILI KANUNLA İLGİLİ AÇIKLAMALAR:

Yukarıda değindiğimiz, stajyerler tarafından yayınlanmış Nisan 2002 tarihli KILIÇ VE TERAZİ başlıklı kitapçıktaki bilgilere göre ABD, Almanya, Brezilya, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Fransa, İrlanda, Kanada gibi ülkelerde uzun staj dönemlerinden sonra sınav zorunluluğu bulunduğu halde ülkemizde staj süresini en aza indirip, bir de sınavı kaldırmanın sebebini anlamak mümkün değildir.

TBB Başkanı Sayın Özok, 02-03 Aralık 2006 tarihinde Kızılcahamam'da yapılan toplantıdan basına da yansıdığı gibi "Sayın Başbakan kendi partisinden birçok milletvekilinin haklı ve yerinde karşı duruşuna rağmen sınavın kaldırılması emrini bizzat vermiştir..." demektedir.

Bu sebeple bu sınav hükmünün nasıl kaldırıldığını anlatmayı ibretlik bir olay olması bakımından zorunlu görüyorum.

Konya Milletvekili Ahmet Işık, TBMM Başkanlığına verdiği 18.10.2006 günlü bir dilekçeyle Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve gerekçesini sunuyor.

Kanun Teklifinde, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi, 28-31. maddeleri, 121. maddesinin 1. fıkrasının (20) no'lu bendinin ve Geçici 20. maddesinin, 20/2. maddesinin kaldırılması öneriliyor.

GEREKÇEDE:

"Serbest bir meslek olan avukatlık yargı içindeki yeri ve etkileri nedeniyle iyi eğitimi gerekli kılan bir uzmanlık alanıdır. İyi avukat olmanın öncelikli koşulu iyi bir hukukçu olmaktır. Yeni getirilen sınav sistemi ile ülkemizde sayıları hızla artan hukuk fakülteleri nedeniyle eğitim öğretim açısından oluşan farklılıkların önlenmesi, avukatlık mesleğinin kalitesinin artırılması ve giderek savunma ile yargıya yansıyan olumsuzlukların giderilmesi amaçlanmaktadır.

Ancak avukatlık bir meslek olarak hukuki bilgiye, kişisel beceriye ve mesleki tecrübeye dayanmaktadır. Sadece mevzuatın bilinip bilinmediği'ne yönelik yapılacak bir sınavın avukatlık yapmak için gerekli olan beceriyi ölçemeyeceği aşikârdır.

Teklif ile avukatlık mesleğini icra edecek kişiler için herhangi bir fayda sağlamayacak söz konusu sınav sisteminin yürürlükten kaldırılması amaçlanmaktadır."

denilmektedir.

Bu teklifi görüşen TBMM Adalet Komisyonu'nun 16.11.2006 günlü raporunda yer alan görüşü bütün hukukçuların bilmesinde yarar görüyorum:

"Teklif ile staj sonunda yapılması öngörülen Avukatlık sınavının, staj başlangıcına alınması öngörülmektedir... Ancak ilk, orta ve yüksek öğrenim olmak üzere, en az onbeş yıl öğrenim gören avukat stajyerleri, hukuk fakültesinden diplomasını aldıktan sonra, mahkemede ve avukat yanındaki stajını da başarı ile bitirdiği halde, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun ilgili maddeleri gereğince avukat olabilmek için zorunlu olarak sınava tâbi tutulmaktadır, İlk sınava girip başarılı olmayan aday, yeni bir tahsile ve yeni bir staja mecbur olmamasına rağmen bu imtihanların tekrarındaki faydanın ne olduğu anlaşılammakta, ayrıca Anayasanın 'Kanun önünde eşitlik' ilkesini düzenleyen 10. maddesiyle, sınava tâbi tutulan kişi meslek seçme hakkından kısıtlanmış olduğundan "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesine göre bu sınav, Anayasaya aykırılık teşkil etmektedir. Avukatlık müessesesine, 2001 yılında çıkarılan 4667 Sayılı Kanunla giren bu sınav mecburiyeti, uygulamada herhangi bir yarar sağlamamaktadır. Ayrıca

avukat, sınavını her gün müvekkiline karşı vermekte ve başarı gösteremeyenler zaten kendiliğinden tasfiye olunmaktadır.

Hukuk fakültesini bitiren, ayrıca bütün mahkemelerde staj görüp, o mahkemelerin hâkimlerinden de yeterlik belgesi alan, bundan sonra, beş yıl kıdemi olan bir avukat nezdinde altı ay süre ile staj yaparak, ilgili avukattan kanuni ve mesleki şartları haiz olduğu yolunda belge almaya hak kazanan ve hatta avukat yanındaki bu stajın belli bir bölümünü tamamladıktan sonra, o avukat nezaretinde bir kısım mahkemelerdeki davalara giren, yani fiilen avukatlık yapan bir adayın sınavı tâbi tutulması doğru değildir ve lüzumlu değildir..."

24 üyeden oluşan Adalet Komisyonu'ndaki milletvekillerinden dördünün (Mehmet Nuri Saygun, Mehmet Küçükbaşık, Yüksel Çorbacıoğlu ve Feridun Ayazoğlu) karşı oyları ise şöyledir:

"...4- Avukatlığa kabul için sınav yapılması tek başına mesleğin gelişimi için şüphesiz ki yeterli değildir. Ancak bu konuda atılmış bir adımdır. Bunu geliştirmek mesleki kaliteyi artırmak için başkaca önlemler alınması yoluna gitmeyerek popülist bir tutumla sınavın toptan kaldırılmasının hiçbir haklı gerekçesi olamaz.

5- Gerek hakimliğe gerekse birçok mesleğe kabulde sınav yapılmakta olduğu malumumuzdur. Bu konuda Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde belirtilen Avukatlık mesleğinin bir kamu görevi olduğu da unutulmamalıdır. Kaldı ki birçok düzenlemede emsal aldığımız AB ülkelerinin tümünde de sınav mutlaka yapılmaktadır.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle yapılmış olan düzenlemenin doğru olmadığını, ileriye değil geriye dönüğe yönelik bir mesleki uygulamaya neden olacağı, ilgili meslek kuruluşunun hiçbir önerisi dikkate alınmadan yapıldığı, Hukuk Devleti niteliklerinde zaafiyet yaratacağı iddiaları ile Adalet Komisyonu'nda kabul edilen teklife karşı olduğumuzu arz ederiz".

Üzülerek belirtmeliyim ki; stajyer avukatlar bu teklifin yasalaşması için milletvekilleri arasında kulis yapmışlardır:

"...Stajyer avukatlar ise önerinin hem komisyondaki hem de genel kuruldaki görüşmeleri sırasında milletvekillerini yakın takibe aldı. Bütün hukukçu milletvekilleriyle tek tek görüşüp ikna turları yapan genç avukatlar, CHP'nin engelleme yaparak karar yeter sayısı istendiği zamanlarda 'yeter sayı bulunamaz da önerinin görüşmeleri gecikir' endişesiyle kuliste bile milletvekillerinin peşini bırakmadılar..." (Parlamento Kulisi, Türey Köse-Emine Kaplan, Cumhuriyet, 4 Aralık 2006)

1969 yılında yürürlüğe konulan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda (bir buçuk yıl) olarak belirlenen staj süresini 1979 yılında (bir yıla) indirdikten ve 2006 yılında çıkarılan Kanunla da (sınavı kaldırdıktan) sonra stajyerlerin; Staj Yönetmeliği'nin 22. maddesinde öngörüldeği şekilde, özgür, bağımsız, meslek ilkelerine bağlı, uygulamada karşılaştığı sorunları hukuk devleti ilkelerine ve hukukun üstünlüğü kurallarına uygun bi-

çimde çözümlenecek ve yargının kurucu bir ögesi olarak görev yapacak düzeyde yetiştirilmeleri mümkün olur mu?

V) İSTENİLEN DÜZEYDE AVUKAT YETİŞTİRİLMESİNİN KOŞULLARI

Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır (1136 sayılı Av.Ka.mad.2/1).

Aynı Kanununun 1. maddesinde avukatlığın (kamu hizmeti), avukatın (yargının kurucu unsuru) olduğu belirtildikten ve 4.12.2004 günlü ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253/4. maddesi hükmüyle de ceza yargılamasında (uzlaştırıcı görevi verilmesi) sonucu avukatların sorumluluklarının arttığı kabulü gerekir.

Böylece, avukatın bu ağır sorumlulukları yüklenip kendisine düşen görevi istenilen düzeyde yerine getirebilmesi için, değil staj dönemindeki eğitiminin, daha önceki hukuk fakültesindeki öğreniminin de yeterli olması gerektiği yönü ortaya çıkar.

Bakınız, Yargıtay Onursal Üyesi Sayın Çetin Aşçıoğlu nasıl bir eleştiride bulunuyor:

"1 - İyi bir hukuk öğretimi için ilk koşul, öğrencilerin hukuk öğreniminin alt yapısını oluşturacak nitelikte bilgi ve kültürle donatılmış olarak giriş yapmalarıdır. Oysa orta öğretimin (lise) durumu ortada. İşte; daha hukukun 'abc'sine başlarken yapılan yanlışlık: Çoğu bilgi ve kültürden yoksun, kafaları dershanelerde betonlaştırılmış gençlerle hukuk öğrenimi.

Oysa Fransa'da, olgunluk sınavından başarıyla geçme ya da iki yıllık ek temel eğitime katlanmak zorunlu. Almanya'da orta öğretim 13 yıl, gençler, toplumsal sorunlar ve genel kültür açısından sağlıklı bir eğitim gördüklerinden hukuk öğreniminin alt, yapısını elde etmiş olarak hukuk öğrenimine başlamakta.

ABD'de orta öğretimden sonra dört yıllık college'e devam etmeyenlerin; İngiltere'de ise, iki yıllık ek bir bilgi ve kültür birikimi kazanmayanın hukuk öğrenimine başlaması hemen hemen olanaksız..." (Cumhuriyet, Bilim Teknik, 1 Mart 2003)

Prof.Dr. Aysel Çelikel'in konuyla ilgili görüşlerine gelince:

"-Hukuk öğretiminin kalitesi çok yönlü. Bu, sadece öğretim üyesinin kalitesiyle bağlantılı değil. Bunun öğrenci, programlar yönü ve büyük ölçüde çözülmesi gereken başka açıları var. Bir ülkede, Hukuk ve Yargı reformu yapıyoruz diye sadece yasalar değiştiriliyorsa bu sancılı, belirli konuların çözümünde etkilidir. Ama sorunsalın tümünü etkilemez. Yasaların kendilerinden beklenen sonuçları doğurması, onu uygulayanların düşünce biçimine ve kültür yapısına bağlıdır.

-Yani, kimler bunlar?

-Yani, savcı, hakim, avukat gibi kişiler, uygulayıcıdırlar. Bu, onların aldığı öğretimin niteliğiyle ilgili. Bu öğretim sadece hukuk kurallarının öğretilmesi demek değil.

Hukuk kurallarını sadece kural olarak anlatırsanız bunları öğretmiş olmuyorsunuz. Bu Mekteb-i Hukuk'tan farklı bir şey değil. Yapılması gereken, çaplı düşünebilen hukukçular yetiştirebilmek.

-Peki, bu nasıl yapılacak?

-Hukukçu, yürürlükteki hukuku olması gereken hukukla birlikte değerlendirebilen ve bu değerlendirmeyi yaparken elindeki olaya yorumlarıyla en uygun şekilde onu uygulayabilen kişidir. Onun için de farklı bir öğretimden geçmesi lâzımdır.

Hukukçu dünyanın her yerinde saygın bir isimdir. Ama saygın olabilmesi de yaptığı işle bağlantılıdır. İşini nitelikli bir biçimde yapabilmesi için yalnız hukuk öğretimi yeterli değildir. Onun yanında yan sosyal branşları hazmetmesi gerekir. Bu yan branşlar, hukukçunun kararlarını verirken hukuku hazmetme kapasitesinin anahtarlarıdır.

-Bu yan sosyal branşlar nedir?

-Felsefe, sosyoloji, psikoloji, siyaset bilimi, siyaset tarihi, ekonomi, uygarlık tarihi. Bir başka nokta öğrencinin yaş sınırı. Gittikçe, daha az yetişmiş, genel kültürü yetersiz öğrenci alıyoruz...

-Sizce nitelikli ve gelişmelere ayak uydurabilen bir hukukçu yetiştirilmesi için gerekli en önemli unsurlar neler?

-Bir kere hukukçunun sadece hukuk kurallarını değil, onu besleyen, hukuku hazmetme kapasitesini geliştiren yan sosyal bilim branşlarını öğrenmesi lâzım gerekir.

Örnek vermek gerekirse, ABD'de her hukuk öğrencisi, daha önce bir yüksek öğretim kurumundan mezun olmak zorundadır. Bu hem yaş olgunluğunu hem de sosyal bilimlerde disiplinler arası bir eğitimi almış olmasını sağlıyor. Bundan sonra ona vereceğiniz hukuk dersleri bu alt yapının üzerine bina ediliyor.

Böyle bir insan düşünmeyi, sorgulamayı, tartışmayı, hukuk kurallarının nedenlerini, geçmişlerini, sosyal kökenlerini öğrenmiş bir kişidir. AB ülkelerinde üç artı bir ya da iki yıl uzmanlaşmaya dönük bir eğitim veriliyor..." (Leyla Tavşanoğlu ile Söyleşi, Cumhuriyet, 24 Eylül 2006)

Görülüyor ki; nitelikli hukukçuların ve özellikle avukatların yetiştirilebilmesi için (staj) ve (sınav)'dan önce hukuk fakültelerindeki öğretim sistemlerinin, ders programlarının yeniden ele alınması, önerilen biçimde düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

Bu da yeterli değildir, ondan sonra da avukatlık stajı ve sınavı konularında yeni düzenlemelere gidilmelidir.

Yukarıda açıklanan önerilerin başka ülkelerde nasıl uygulandığını ve ne derece olumlu sonuçlar alındığını görmek bakımından Paris Barosu Okulu hakkında bilgiler sunmakta yarar görüyorum.

Türkiye Barolar Birliği'nin Nisan 2005'te yayımlanan 80 no'lu kitapçığından, Türkiye Barolar Birliği ve Baro Başkanlarının, Avrupa Barolar Konseyi (CCBE)'nin resmî davetlisi olarak Paris, Strazburg ve Brüksel'de mesleki inceleme ve ziyaretlerde bulunduğu anlaşılıyor.

Biz burada, heyet üyesi İzmir Barosu Başkanı Sayın Av. Bahattin Özcan Acar'ın, Paris Barosu Okulu hakkındaki izlenimlerinden bir bölümünü açıklayarak ileride bu konuda yapılacak kapsamlı araştırmalara katkıda bulunmak istiyoruz,

"Paris Barosu Okulu

Öncelikle belirteyim ki, Paris Barosu'nda meslek öncesi ve meslek içi eğitime verilen önem beni çok etkiledi. Burası Paris Barosu'yla birlikte İstinaf mahkemelerinin yetki çevresinde örgütlü diğer sekiz baronun eğitim merkezi olarak çalışan 1989 yılında kurulmuş bir okul...

• Okulun üç amacı var. Avukat olacak öğrencileri (staj öncesi) mesleğe hazırlamak, stajyer avukatlara eğitim vermek ve (şaşırmayın) halen mesleği icra edenlere yönelik meslek içi eğitimi gerçekleştirmek...

• Avukat olabilmek için baro okuluna başvuranların dört yıllık hukuk fakültesinde lisans eğitimi ile birlikte, iki yıllık yüksek lisans eğitimini tamamlamaları gerekiyor. Son bir yıl içinde üniversitede baro sınavına hazırlık eğitimi alıyorlar.

Baro okuluna giriş sınavını üniversiteler yapıyor. Bu sınavın yıllara göre ortalama başarı oranı yüzde 25 dolaylarında...

• Baro okulundaki eğitim onbir ay sürüyor. Önce beş ay süreyle uygulama ağırlıklı eğitim okulda yapılıyor. Dava dosyası hazırlama, mahkemelere yönelik yazılar, ceza işi uygulaması, dava simülasyonu –canlandırma–, hukuk danışmanlığı, sözleşme düzenleme gibi işler bu devrede yapılıyor.

İkinci beş aylık dönemde hukuk bürolarında, avukatlık şirketlerinde çalışıyorlar ve raporlarını bu dönemin sonunda okul müdürlüğüne veriyorlar.

Bundan sonra onbirinci ay içinde mahkemelerde, kalemlerde çalışıyorlar, gözlem yapıyorlar, rapor düzenliyorlar. Yılın son ayında okul bitirme sınavına giriyorlar. Dil ve meslek etiği dahil eğitimle ilgili tüm konularda iki yazılı, dört sözlü sınavdan sonra başarılı olanlara avukatlık yapma hakkı içeren sertifika verilerek stajyer avukat unvanı kazandırılıyor. Başarı ortalaması yüzde 95 ortan bu sınavı, avukat, yargıç ve üniversite temsilcilerinden oluşan kurullar yapıyor.

• Stajyer avukat, avukatlık yapabiliyor, dava açabiliyor, mahkemelere girebiliyor. İki yıl süren bu devrede stajyer avukat kendi adına büro açamıyor, mevcut bir büroda ya da şirkette çalışabiliyor ve okulda bazı derslerle konferansları izlemekle yükümlü oluyor.

İki yılın sonunda stajyerlik bitiyor ve kendi bürosunu açma hakkına sahip avukat oluyor...

(Baro okuluna girişte para ödeniyor mu, giderler nasıl karşılanıyor, kimler eğitim veriyor, ücret alıyorlar mı diye sorduk).

- Okula giren öğrenci 884 Euro ödüyor. Bu, giderlerin yüzde 10'u oranında bir rakam. Yüzde 15'ini devlet, yüzde 75'ini baro karşılıyor.

-Eğitim kadrosu dört-yüz kişi. Bunların; yüzde 10'u değişik meslek mensupları (noterler, polisler, şirket yöneticileri v.s.),

Yüzde 20'si hakim ve savcılar,

Yüzde 70'i avukatlar. (Avukatların yaklaşık yüzde 30'u gönüllü ders veriyor. Diğerleri sürekli ders veriyor, ücret alıyorlar).

• Baro Okulu öğrencisine kredi verilmiyor. Çok kısıtlı koşullarla (ekonomik durumu yönünden) devlet burs veriyor. Onbir ay için 2000 Euro gibi bir burs..."

Bir yıllık avukatlık stajını yeterli görüp sınavı da ortadan kaldıran zihniyetin karşısında, istenilen düzeyde avukatın yetiştirilmesi için yıllarca okul, eğitim, staj, sözlü ve yazılı sınavı öngören sisteminin önemini hepimizin görmesi ve ona göre düzenlemeler yapması gerekmektedir.

Yazımı, eğitimin amacının ne olduğunu açıklayan bir yazıyı bilgilerinize sunarak bitirmek istiyorum:

"Lise eğitiminden nelerin beklenmesi gerektiğini 1861 yılında (141 yıl önce) İngiltere'de Eton Koleji'nde öğretmenlik yapan William Johnson Cory, bir grup gence yaptığı konuşmada şöyle anlatmıştır:

İnsan büyük bir okula bilginin de ötesinde bir şeyler almak için, bazı sanatları ve alışkanlıkları kazanmak için gider, özen gösterme alışkanlığı için, kendini anlatma sanatı için, bir anda yeni bir entellektüel konuma geçebilmek sanatı için, görüşlerinizin onaylanmamasına ve reddedilmesine katlanabilme alışkanlığı için, medeni bir şekilde olumlu ya da olumsuz görüş bildirebilme sanatı için, en küçük ayrıntılara dikkat edebilme alışkanlığı için, belli bir zaman süresinde mümkün olanı kestirebilme alışkanlığı için, zevklerini geliştirmek için, ayurt edebilmek için, zihinsel cesaret için ve zihinsel sağlamlık için.

Hepsinden önemlisi, insan büyük bir okula kendisini tanımak için gider...". (ERDAL ATABEK, Eleştiren Düşünce Olmayınca, Cumhuriyet, 15 Nisan 2002)



KURUCU ANTLAŞMA

ve

İÇ PAZARDA SERBEST DOLAŞIM

*Prof. Dr. Dr. S. Ş. DEMİRBULAK**

I- AVRUPA BİRLİĞİ EGEMENLİK ALANINDA SERBEST DOLAŞIMIN HUKUKİ VE EKONOMİK DAYANAKLARI

A. İÇ PAZARDA ÜRETİM FAKTÖRLERİNİN SERBEST DOLAŞIMI

1. İç Pazarın Oluşumu ve Hukuki İşleyişi

1957'de Roma Antlaşması ile kurulup 1992'de Maastricht Antlaşması ile Avrupa Birliği'ne dönüşen Avrupa Ekonomik Topluluğu; 1951'de Paris Antlaşması ile kurulan Avrupa Kömür ve Çelik Birliği; 1957'de Roma Antlaşması ile kurulan Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Avrupa Birliği'ni oluşturan üç sütun kavramının birinci ayağı olan Toplulukları meydana getirirler.

Kurucu antlaşmanın yanı sıra süreç içinde 1987'de Tek Senet, 1992'de Maastricht Antlaşması, 1997'de Amsterdam Antlaşması ile yapılan değişikliklerle Avrupa Birliği'nin kurumsal yapısı güçlendirilmiştir. Sonuç itibariyle 1957'de entegrasyon teorilerinin en zayıf türü olan serbest ticaret bölgesi uygulaması önce gümrük birliği daha sonra da içinde malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbestçe dolaşabildiği ortak pazara bir başka deyişle iç pazara dönüşmüştür. İç pazar oluştuktan sonra AB üye ülkelerinin ulusal politikaları arasında uyum sağlayacak makro politikalar izlenerek üye ülkelerin yapısal sorunlarının çözümü amaçlanmıştır. Bu itibarla üye ülkeler arasında mal ve hizmet ticaretini olumsuz etkileyen engeller ortadan kaldırılırken enerji, ulaşım, sosyal, tarım, bölgesel kalkınmışlık farklarının törpülenmesine yönelik çevre, rekabet, istihdam, KOBİ'lerin desteklenmesi, para birliği, mali alanda ortak politikalar uygulanmıştır. Elbette ki böylesi bir yapıda değişik boyutlardan bileşenlerin uyumu için ulusalüstü otoritenin aldığı kararların uygulanmasının denetlenmesi gerekir. Ekonomik ve Parasal Birlik alanında denetimler sonu-

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

cu tek para biriminin Euro alanında uygulanışının ekonomik bütünleşmeye sağladığı ivme somut bir göstergedir.

1.1. İç Pazar, Gümrük Birliği ve Rekabet

Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın (ATA) 14, 15, 26, 47/2, 49, 80, 93 ve 95. maddeleri uyarınca Topluluk 31 Aralık 1992 tarihine dek İç Pazarın kuruluşunu gerçekleştirmek için gerekli önlemleri almak zorundaydı. İç Pazar, iç sınırların olmadığı ve malların, kişilerin, hizmetin ve sermayenin serbest dolaşımının ATA hükümleri uyarınca sağlandığı bir alan yaratmak amacını taşır. Komisyonun teklifi üzerine Konsey'in nitelikli çoğunlukla alacağı kararlar doğrultusunda, sınırların olmadığı, malların, kişilerin, hizmetin ve sermayenin serbest dolaşımının sağlandığı İç Pazarın dengeli gelişimi için gerekli politikaları belirlenir. 1/7/1987'de yürürlüğe giren Tek Senet ile 31/12/1992'ye dek İç Pazarın oluşturularak dış ekonomik ilişkilerin olumlu katkıları ile uluslararası platformda rekabetçi aktör olmak hedeflenmektedir. Bu itibarla Beyaz Rapor'da, Tek Senet'de ve Maastricht Antlaşması'nda malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı kararlaştırılmıştır. ATA m. 220'ye göre Adalet Divanı bu Antlaşma'nın yorumu ve uygulanmasında hukukun temel alınacağını, hukuksal bağlılığın yanı sıra iç pazarın hukuki düzenini oluşturacağını belirtir.

İç pazarda topluluk hukukunun yorumu ve uygulanması hususunda münhasır yetki sahibi organ olan Adalet Divanı aynı zamanda Topluluk ile üyeleri arasında ve Topluluk üyelerinin kendi aralarında çıkan uyuşmazlıklarda da m. 170 gereği hakem rolünü yüklenmiştir. Üye ülkeler, Topluluk kurumları, üye ülkelerin ulusal mahkemeleri, üye ülkelerin antlaşmalarda tanımlanan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri ve/veya kurumların yükümlülüklerine aykırı hareket etmeleri halinde tüm bunları denetleyen Adalet Divanı'nda dava açabilirler. Adalet Divanı ilk derece mahkemesinin de temyiz merciidir.

Bilindiği gibi AB Hukukunun kaynaklarından biri de Türkiye-AET arasında 12.09.1963 tarihinde aktedilen Ankara Antlaşması'dır. İlhamını Roma Antlaşması'nın m. 48-52'den alan Ankara Antlaşması'nın m. 12 ve 1971 aktedilip 01.01.1973'de yürürlüğe giren Katma Protokol'un m. 36 uyarınca emekçilerimizin serbest dolaşımı kademeli olarak 1986 tarihine dek gerçekleştirilecekti. Burada amaç AET ülkelerinin malları Türkiye'de serbest dolaşırken Türkiye'nin de göreceli olarak güçlü olduğu emek faktörünün serbest dolaşımı sağlanarak ilişkilerde simetri sağlamaktır. Halen Türk insanının emeğinin serbest dolaşımı sağlanamamıştır. Bu itibarla ilişkiler asimetric temelde oluşmuştur. Adalet Divanı'na konu ile ilgili olmak üzere yapılan başvurular sonucu alınan 19 karar vatandaşlarımızı ilgilendirmektedir. 1987'de Meryem Demirel davası ile başlayan hukuki mücadelede 2002 tarihinde Adalet Divanı'nın Türkiye Cumhuriyeti vatan-dışı olan iş adamlarından vize istenmemesi yönündeki A. Savaş kararı ile giderek önem kazanmıştır. Divan Kararında işadamlarına vize tatbikinin

1980'de kabul edilen bir uygulama olduğundan bahisle bu uygulamanın Katma Protokol'un m. 41/1'e aykırı olması nedeniyle Olay Hukuku'ndaki (Case Law) "standstill"den esinlenerek AB hukukunun ihlal edildiği vurgulanmıştır. Ayrıca çalışma ve oturma izni ile ilgili olarak Divan, Kuş Kararı'nda vatandaşlarımız açısından asgari çalışma süresinin (1-4 yıl) 1/80 sayılı Ortaklık Kararı m. 6 kapsamına girmediğinden geri alınamayacağına hükmetmiştir. Bu nedenle 1980-2000 yılları arasında yurttaşlarımıza yönelik iade talebi 100.000 civarında iken Divanda 2000 yılında Ömer Nazlı kararının alınmasını takiben bu sayı 150'ye düşmüştür. Bu itibarla vatandaşlarımızın dilekçe ve dava hakkının önemini kavramaları için bireysel hukukî çabaları desteklenip genel hukuki stratejinin belirlenmesi gereklidir. ATA m. 14/2 gereği malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin AB egemenlik alanında serbest dolaşımı önünde tüm engeller ortadan kaldırılırken bu dört unsurun ayrılmaz bütünlüğüne yerleşme serbestisini de ilave etmek gerekir. ATA m. 23-31 arasında malların serbest dolaşımı düzenlenirken tüm mal ticaretini kapsayacak biçimde üye ülkeler arasında ithalat ve ihracatla gümrük tarifelerini ya da benzeri etkiyi yaratacak giderlerin yüklenmesi engellenip üçüncü ülkelere karşı ortak gümrük tarifesi öngören politika üzerine inşa edilmiş entegrasyon amaçlanmıştır. ATA m. 25 üye ülkeler menşeli ve/veya üye ülkelerde serbest dolaşan üçüncü ülke orijinli mallara uygulanır. Şöyle ki üçüncü ülke orijinli mallar üye ülkedeki ithalat prosedürüne uygunsa, telafi edici gümrük giderleri ödenmişse, mezkûr giderlerin tamamen ya da kısmen iadesi yapılmamışsa diğer üye ülkelerde de serbest dolaşım hakkını haizdir. Komisyon üye ülkelerle üçüncü ülkeler arasında dış ticaretin geliştirilmesi ihtiyacını, Topluluk dahilinde rekabet koşullarında iyileştirme gerekliliğini hammadde ve ara malları temininde üye ülkeler arasında rekabetin ihlalinin önlenmesine ve üye ülkelerde üretimin rasyonel devamlılığına rehberlik eder. Antlaşma üye ülkeler arasında ithalata getirilecek miktar kısıtlamalarını ve eş etki yaratacak uygulamaları ayrıca üye ülkeler arasında ihracata getirilecek benzer kısıtlamaları yasaklarken m. 28-29'da kamu düzeni, tarihi, arkeolojik, sanatsal değer taşıyan malların korunması, fikrî ya da sınaî mülkiyetin korunması amacıyla ithalat, ihracat ya da transit geçiş yapan malların serbest dolaşımına engel olur. Bu istisnai durum yasak ve/veya sınırlamalar da keyfi ayrımcılığa ya da gizli kısıtlamalara yol açmamalıdır. Üye ülkeler de gümrük tarifelerini ve kendi aralarında miktar sınırlamalarını düzenleyen maddelerin kapsamını daraltacak yeni kısıtlamalara gitmekten kaçınmalıdırlar. İç pazarda üye devletlerin ekonomi politikaları AB Konseyi ECOFIN tarafından koordine edilir. ECOFIN ya da üye devletlerin ekonomi-maliye bakanları EURO alanındaki ülkelerin kamu finansman politikalarını, yıllık enflasyon hedeflemesini, çapraz kurların istikrarını, bütçe açığının GSYİH'nın %3'nün üzerinde olup olmadığını gözlemleyip, sınırı geçen üye ülkelere yaptırım uygular. Avrupa Para Birimi (APB) iç pazarda istihdamı ve büyümeyi destekleyerek rekabet gücünü

artırıp istikrarlı bir ekonomik yapı oluşturur. İstikrarın, aşırı borçlanmanın önlenmesi ve bütçe disiplinine riayetle gerçekleşeceği açıktır. AB Antlaşması Haziran 1997'de Dublin'de bu konu ile ilgili yasal önlemler almış, Konsey de üye ülkelerin bütçe politikalarında sapmaların GSYİH'nın %3'ünü aşmasının önlenmesi ve sınırları aşan kamu açığı olan üye ülkelere uygulanacak yaptırımları içeren istikrar ve büyüme ilkelerini saptamıştır. Bu bağlamda, istikrarlı makro ekonomik politikalar için üye ülkelerin ekonomik büyümelerinin sürekliliğini temel alan uzun dönemli düşük faizli kredilerle finanse edilen yatırım dolayısıyla istihdam olanakları artırılmalıdır. Bu itibarla APB'in üye ülkelerle ilgili bütçe, finans politikaları ATA ile uyumlu olmalıdır. Ayrıca üye ülkeler birbirlerinden bağımsız para politikaları izlemedikleri gibi birbirlerine yakın ekonomi politika oluşturmaları gerekir. ATA m. 131-134 gereği iç pazarı oluşturan üye devletler dünya ticaretinin artması için ticaret engellerinin kaldırılmasına, gümrük bariyerlerinin indirilmesine katkıda bulunacaklardır. Ortak ticaret politikası çerçevesinde üye ülkeler uluslararası platformda Topluluğun rekabet gücüne olumlu katkıda bulunacaklardır. Komisyonun önerisi üzerine Konsey de nitelikli çoğunlukla hareket ederek bu amacın gerçekleşmesi için gümrük vergisi ya da eş etkili giderin iadesini, iade edilmiş olan vergilerin tekrar ödenmemesini üye ülkelerden üçüncü ülkeye ihraç edilen mallar için dolaylı vergilerin geri ödenmesini kararlaştırır. Ortak ticaret politikası, tarife oranlarındaki değişikliklerde, ihracat politikalarında bütünlüğün sağlanmasında, damping ve sübvansiyona karşı alınan önlemlerde temel rol oynar. Komisyon Konseye ortak ticaret politikasının belirlenmesini önerir. Konsey bir veya birden fazla ülkeyle veya uluslararası kuruluşlarla müzakeresi yapılması gereken antlaşma söz konusu olduğunda, Komisyon kendisini müzakereleri açmakla görevlendirecek Konseye tavsiyelerde bulunur. Komisyon müzakereleri, Konsey tarafından atılacak komite ile istişarelerde bulunarak, Konseyin de talimatları çerçevesinde yürütür. ATA m. 300 uyarınca Komisyondan gelen teklif üzerine Avrupa Parlamentosu'na da danışan Konsey nitelikli çoğunlukla hareket ederek fikri haklarla ilgili sınırlamayı uluslararası müzakereler ve antlaşmalar için de tatbik edebilir. Üye ülkelerin bu Antlaşmada belirlenen ticari politika önlemlerinin uygulanmasını engellememeleri için Komisyon, önlemlerin üye ülkelerde ekonomik zorluklara yol açması halinde üye ülkelerin işbirliğini sağlayacak politikalarda düzeltme yapar. Yapamadığı hallerde koşullarını kendisinin saptadığı önlemleri almaları için üye devletlere yetki tanır. Acil durumlarda üye devlet gerekli önlemleri almak için Komisyon'dan ivedi olarak yetki talep eder ve aldığı önlemleri diğer üye ülkelere de gecikmeksizin bildirir. Komisyon her zaman söz konusu önlemlerin tadilini veya kaldırılmasını kararlaştırabilir. Önlemlerin seçiminde iç pazarın işleyişine en az karışıklık getireceklere öncelik tanınmalıdır.

ATA 81-86. maddelerde iç pazarda yasak olan haller tadat edilir. Buna göre iç pazarda rekabeti önleyen, sınırlayan veya zarar veren özellikle

alış-satış fiyatlarında ve diğer ticaret fiyatlarında ve ticaret koşullarında anlaşmalı haller üretimi, pazarı, teknik gelişimi, yatırımları sınırlayan ya da denetim altına alan haller yasaktır. Ayrıca arz kaynaklarının pazarların paylaşımını, ticari işlemlerde karşı tarafı farklı muameleye tabi tutan dolayısıyla rekabetle dezavantaj yaratan ve doğası ya da ticari teamüllerle ilgisi kalmadığı halde yapılan sözleşmenin sonuçlandırılmasını karşı tarafın ek yükümlülükler altına girmesine bağlayarak üye ülkelerin ticaretini olumsuz etkileyebilecek ortak girişimleri ihtiva eden sözleşme ya da karar batıldır. Bu konuda ayrık durumlarda örneğin tüketicinin nihai faydadan adil oranda yararlanmasına izin veren haller, malların üretimine, dağıtımına ya da teknik veya ekonomik ilerlemeye katkı yapacak haller müktesebata aykırılık teşkil etmez. Meğer ki bu tür ortak hareketlerle taahhüt edene bu hedeflerin başarılması hususunda sınırlamalar konulmasın ve rekabetin ortadan kalkmasına yol açılmasın.

ATA m. 81, 82 iç pazarda rekabet ve hakim durumun kötüye kullanımı ile ilgilidir. Komisyonun önerisi üzerine, harekete geçen Konsey AP'na danışarak nitelikli çoğunlukla m. 81/1 ve m. 82'de rekabetin saptırılmasının, engellenmesinin ve hakim durumun istismarının önlenmesi için konulan yasaklara itaati temin için para cezalarını araç olarak kullanır. M. 81/3'ün uygulanması için etkin denetimin yanı sıra yönetimi etkinleştirme için ayrıntılı kurallar oluşturur. M. 83 gereği iktibas edilen hükümlerin yürürlüğe girişine dek üye ülkelerde yargı mercileri iç pazarda rekabetin ihlali ve hakim oluşumun kötüye kullanımı ile ilgili olarak ulusal yasalar uyarınca karar verebilirler. İç pazarda m. 81 ve m. 82'de belirlenmiş ilkelerin uygulanmasını Komisyon temin eder. Komisyon, üye ülkelerden birinin başvurusu üzerine şikayet edilen üye ülkedeki yetkili makamlarla beraber ya da doğrudan kendi insiyatifi ile ilkelerin ihlalinden şüphelenilen vakaları inceler. İhlal olduğuna kanaat hasıl olursa Komisyon gerekli gördüğü önlemlerin alınmasını söz konusu ülkeye önerir. İhlal devam ederse Komisyon saptadığı bu durumu gerekçeli kararlarla kayıt altına alır ve yayımlar. Bu itibarla 1983 yılından beri Komisyon Topluluk Hukukunun uygulanışı ve rekabet ile ilgili yıllık raporlar yayımlar. Üye ülkeler de Antlaşmanın m. 12 ila m. 81-89'la çelişen normlar ihdas edemeyeceği gibi yürürlükte olanları da ilga ederler. Komisyon ATA m. 87-89 gereği üye devletlerde rekabete ilişkin hükümlerin uygulanmasını temin ederken devlet tekeli, destek alımları, rekabet konularında talimat ve kararlarını bildirir. Bir üye ülkenin kaynaklarını kullanarak üretime destek sağlama-sı diğer üye ülkelerin ticaretini olumsuz etkileyeceğinden rekabetin bozulmasına ya da bozulma tehlikesine yol açacağından iç pazarla bağdaşmaz. Yalnız bireysel tüketiciye sağlanan sosyal niteliği haiz yardımlar, olağanüstü hallerde doğal afetlerle oluşmuş zararların telafisi için sağlanan yardımlar, işsizliğin yüksek yaşam standardının çok düşük olduğu bölgelerinin ekonomik gelişimi için sağlanan yardımlar, iç pazarın lehine olacak bir projenin hayata geçirilmesi için veya üye ülkelerin herhangi birisindeki

ekonomik kaosun giderilmesi için sağlanan yardımlar, iç pazardaki ortak çıkarlara olumlu katkıda bulunabilecek ekonomik etkinliklerin tesisi için sağlanan yardımlar ve iç pazarda ortak çıkarlara, rekabete, ticarete zarar verilmemesi koşuluyla kültürel mirasın gelişimi için yapılan yardımlar mevzuata uygundur. Bir üye ülkenin öz kaynaklarını kullandırarak yapılan üretimin iç pazarda rekabeti bozacak ya da bozma tehlikesi yaratacak bir durum yaratması halinde bir başka deyişle ATA m. 87'nin ihlali vukuunda Komisyon tesbit ettiği süre içinde ilgili üye devletin bu yardımı kesmesini ya da değiştirmesini talep eder. İlgili üye devletin bu talebe riayet etmemesi halinde Komisyon ya da şikayetçi üye ülke ATA m. 226, m. 227 hükümleri gereği konuyu Adalet Divanı'na taşıyabilir. Şikayetçi üye devletin başvurusu üzerine Konsey oybirliği ile hareket ederek ilgili üye devletin sağladığı desteğin iç pazarla uyumlu olmasına karar verir. Eğer Komisyon süreci başlatmışsa üye devletin Konseye başvurusu. Konsey tutumu belirtilinceye kadar olan süreçte askıya alınır. Ancak Konsey, başvuru tarihinden itibaren en geç üç ay içerisinde tavrını belirlememişse Komisyon karar verir.

Türkiye'nin 31 Temmuz 1959'daki AET'ye başvurusu 12.09.1963'de Topluluk ile ortaklık temelinde Ankara Antlaşması'nın aktedilmesi 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı ile 01.01.1996'da başlayan Gümrük Birliği sürecini başlattı. Ankara Antlaşması'nın m. 12 ve Katma Protokol'un m. 36 gereği emekçilerin AET egemenlik alanında serbest dolaşımı kademeli olarak 1986 yılına dek sonuçlandırılmış olmalıydı. Bu konu halen askıda hükümsüz bir durum arz etmektedir. 1/95 sayılı karar uyarınca Gümrük Birliğinin 16.üyesi olan ülkemizin sanayi ürünleri ve işlenmiş tarım ürünlerinin sanayi payı Roma Antlaşması çerçevesinde AB iç pazarında serbest dolaşmaktadır. Gümrük Birliği üçüncü ülkelere karşı üye devletlerin ortak gümrük vergisi ya da tarifesi uygulamasını zorunlu kılmaktadır. Ankara Antlaşması'nın temel amaçlarından biri tarım ürünleri de dahil olmak üzere tüm malların serbest dolaşımını sağlamaktır. Fakat 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı tarım ürünlerinin serbest dolaşımına ortak tarım politikasının uygunsuzluk nedeniyle imkân tanımaz. AB'nin kişilerin iç pazarda serbest dolaşımı konusunda hukuka aykırı tutumu ülkemiz tarafından fiiliyatta kabullenilmiştir.

Gümrük Birliği'nde AB ile ülkemiz arasındaki asimetric ilişkiler sonucu 2006 mali yılı itibariyle 220 milyar dolarlık dış ticaretimizin %54'ü AB ile gerçekleşmektedir ve 01.01.1996 ila 31.12.2006 tarihleri arasındaki AB ile dış ticaretimiz 107 milyar dolar açık vermiştir. Gümrük Birliği üyeliği ile ekonomik ömrünü tamamlamış teknolojiler tasfiye edilirken küçük ve orta ölçekli girişimlerin düşük verimlilik nedeniyle kapatılması istihdam alanında negatif sonuçlar doğurmuştur. Ülkemize yapılması gerekli mali yardımlar da Yunanistan vetosu bahanesi ile askıya alındığından istihdam alanında daralmalar ortaya çıkmıştır. Gümrük Birliği üyeliğinin ülkemiz firmalarının verimlilik ve rekabet güçlerini olumlu etkilediğini ve kıt kay-

nakların etkin kullanıldığına da işaret etmek gerekir. Gümrük Birliği üyeliği ülkemizde rekabet hukuku, tüketici hakları, fikri ve sınai, mülkiyet alanlarında hukukî uyumu yaratırken ortak ticaret politikası gereği ülkemiz Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ne uygulanan ticari ambargoya istemese de dolaylı olarak katılmaktadır. Ortak ticaret politikasının karar merciiine katılmayan ülkemiz AB tarafından kabullenilmiş tarife önceliklerine sahip ülkelerle tek ve/veya iki taraflı rüçhanlı sözleşmeler yapmıştır. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı uyarınca 01.01.2004'den itibaren Türkiye, Topluluğun öncelikli ticaret rejimine uymuştur. Ticaret politikalarının uyumlu hale getirilebilmesi, damping ve/veya sübvansiyon gibi haksız uygulamaların önlenmesini gerektirir. üçüncü ülkelerin bir malı Toplulukta oluşmuş fiyattan daha aşağı bir fiyat ile Topluluk içine sokması iç pazarda yıkıcı etki yaratır. Türkiye bu alanda da Topluluk müktesebatı ile uyum halindedir.

1.2. Kurucu Antlaşmalar, Kurumsal Hükümler ve Ekonomik-Parasal Birlik

Birden ziyade üye devletin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar ulusüstü hukukun kaynaklarındanır. İhtilaf vukuunda ulusüstü hukuk ulusal hukuka üstündür. ATA tipik bir ulusüstü antlaşma örneğidir. ATA m. 15'e göre Komisyon m.14'teki amaçları gerçekleştirme amacı ile önerileri düzenlerken gelişme farkları gösteren üye devletlerin ekonomilerinin, iç pazarın tamamlanma süresinde katlanmak zorunda kalacakları güçlükleri dikkate alır. Bu durumla ilgili olarak Komisyon istisnai hükümler önerebilir ama bunların geçici ve iç, pazarda rekabeti ekonomik kaosa sebebiyet vermeyecek nitelikte olmasına önem verir. ATA m. 47/2 gereği Ortak Gümrük tarifesi, Komisyonun önerisi üzerine nitelikli çoğunlukla hareket eden Konsey tarafından belirlenir. Toplulukta herhangi üye devlette mukim diğer üye ülke vatandaşları ile ilgili iç pazarda hizmet sağlama özgürlüğü üzerindeki sınırlamalar ATA m. 251 gereği nitelikli çoğunlukla hareket eden Konsey tarafından yasaklanır. Bu hüküm üçüncü ülkelerin iç pazar dahilinde yapısal olarak yerleşik ve hizmet sağlayan yurtttaşlarını da kapsar. Bu hükümlerle demiryolu, karayolu ve iç su yolları taşımacılığına da tatbik edilir.

Egemenliğin paylaşılması konusunda özellikle büyük devletlerin duyarlılığını dikkate alan Konsey, kamu hukukunu ilgilendiren konularda genelde oybirliğini tercih eder. ATA m. 93 uyarınca Komisyonun önerisi üzerine oybirliği ile hareket eden Konsey, Avrupa Parlamentosu'na ve Ekonomik-Sosyal Komite'ye danıştıktan sonra vergi iadelerinin, dolaylı vergilerin ve vergilendirme yöntemlerinin hukukî düzenlemelerinin uyumunu, ATA m. 14'de zikredilen süreyi de dikkate alarak, sağlayıp iç pazarın işlemlerini temin edecek kararlar alır. Bu bağlamda Konsey Ekonomik ve Sosyal Komiteye danıştıktan sonra iç pazarın kuruluş ve işleyişini sağlamak amacıyla üye devletlerde yasalar ya da idari işlemlerle getirilmiş olan hü-

kümlerin yakınlaştırılması için önlemler alır. Bunların, mali hükümleri, kişilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümleri, istihdam edilmiş kişilerin hak ve çıkarlarına ilişkin hükümleri zedelememesi gerekir. Bu alanda Komisyon sağlık, güvenlik, çevre koruması ve tüketici haklarının korunmasına ilişkin teklifleri bilimsel gerçekliği temel alan yüksek standartları havi öneriler yapmalıdır. Konseyin uyum ile ilgili bir önlemi kabulünü müteakkip bir üye devlet, ATA m. 30 uyarınca çevre korunmasına ilişkin hüküme karşı önemli gerekçeler ileri sürerek ulusal mevzuattaki hükmün korunmasında direktirse ya da münsahasıran o üye devlete özgü bir sorun nedeniyle çevrenin korunmasına müteallik bilimsel kanıtlara dayanan ulusal hükümler ihdas edilmesini gerekli görürse Komisyonu bu konularda bilgilendirecektir. Komisyon da 6 ay içerisinde sözkonusu keyfi ayrımcılığa ya da üye devletler arasındaki ticarete olumsuz etki yapıcı nitelik taşıyıp, taşımadığını, iç pazarın işleyişinde aksaklıklar yaratıp yaratmayacağını inceleyerek kararını verir. Eğer Komisyon 6 aylık süre zarfında karar almamışsa ulusal hükümler onaylanmış varsayılır. Ne var ki Komisyon, konunun karmaşık yapısı ve insan hayatı açısından tehlike arzemediği gerçeklerini ileri sürüp sürenin azami 6 ay daha uzatılmasını da talep edebilir. Bir üye devlet daha önceki uyum tedbirlerine konu olmuş bir alanda kamu sağlığı ile ilgili bir sorun ileri sürerse bu durumu derhal Konseye önererek, gerekli önlemleri alıp-almayacağına karar verecek olan Komisyona sunmalıdır. ATA m. 226 ve m. 227 uyarınca Komisyon ya da üye devletler kendisine bu konularda yetki verilen üye devletin yetkiyi istismar ettiği kanaatindeyse Adalet Divanı'na başvurur. Bu uyum tedbirleri ATA m. 30'da zikredilen bir ya da birden fazla nedenle, Topluluğun kontrol mekanizmasına tabi olarak, koruyucu şartlar ihtiva edebilir. Dinamik bir hedef olan iç pazar bireylere haklar tanıdığı gibi sorumluluklar da yükler. Bireylerin bireylerle ilişkisinde yatay, bireylerin hükmî şahsiyetlerle ilişkisi de dikey bir yapılanma söz konusudur. İkincil hukuktaki tüzükler doğrudan uygulanır ve doğrudan etki yaratır. Bir başka deyişle uygulanmaları için üye devletlerin iç hukuklarına alınmalarına gerek yoktur. Yönergeler ise biçim ve yöntem bakımından, üye devletlerin yetkilerine bırakılmıştır. Yönergeler yönelttikleri amaç açısından bağlayıcı olup makul süre olan azami 2 yıl içinde uygulanmalıdırlar. Kararlar ise yönetildikleri tarafları bağlarken bağlayıcı olmayan tavsiye ve görüşler oluşmakta olan hukukun habercileridirler.

AB Adalet Divanı'nda doğrudan uygulanma ve doğrudan etki eş anlamlı kavramlar olarak mütalaa edilirler. Divan Topluluk Hukukunun ulusal hukuklar karşısındaki doğrudan etkisine vurgu yapar. Topluluk Hukuku açısından doğrudan uygulanma ve doğrudan etki birbirlerini tamamlarlar. İç pazarın oluşumu ve gelişimi sürecinde doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etki katılımcı demokrasi ve bireyin yardımıyla desteklenen Avrupa Birliği'nin ekonomik ve siyasi bütünleşmesine önemli katkı sağlamışlardır.

ATA m. 133 uyarınca uyumlaştırılıp tek tip biçimine dönüştürülen ortak ticaret politikaları gümrük vergilerinde, mali önlemlerde, ticarete antidamping ve antisübvansiyon önlemlerine ilişkindir. Hatta ortak ticaret politikasının ortak dış politikada “ambargo” biçiminde etkili bir politika aracı olarak kullanıldığı da görülmektedir. 1974 Barış Harekatı sonrasında KKTC Devleti'nin kurulmasından itibaren uygulanan ambargo da ortak dış ticaret politikasının bir sonucudur. Türkiye'de bu ambargoya dolaylı olarak iradesi dışında iştirak etmektedir. Türkiye'nin ortak ticaret politikalarının oluşmasında aktif rol almak için elindeki kozları örneğin batının enerji koridoru ve terminali olmak gibi kozlarını 15. başlığın müzakereleri sürecinde kullanması gerekir. Avrupa Topluluğu'nun enerji politikası 1951'de Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu ile başladı. 1957'de Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu ile devam etti. Ekonomik entegrasyondan siyasi birliğe gidiş yolunda enerji iç pazarı, rekabetin odağı olurken enerji politikasının dış şoklardan korunabilmesi zorunluluk halini almıştır. Enerji politikası ekonomik bütünleşmenin yanısıra istihdamı artırma ve AB vatandaşlarının yaşam standartını yükseltmeyi hedeflemiştir. Bu nedenle uluslararası rekabet dolayısıyla doğalgaz, elektrik, petrol, kömür, atom enerjisinin oluşturduğu iç pazarı yaratarak hizmet kalitesini yükseltip üretimi artırmak enerji kaynaklarını daha ucuz ve verimli kullanmak amaçlanmıştır. AB iç pazarında tüketilen petrolün %78'i ve doğalgazın %36'sı ithal edilmektedir. Ekonomik şoklardan korunabilmek, alternatifleri artırabilmek, Trans-Avrupa ağını kurabilmek için Avrupa Birliği'nin jeotermal açıdan Avrupa'nın en zengini olan ama bu kaynakların sadece %5'ini kullanabilen ve yine hidroelektrik enerji üretiminde önemli bir yerde olan Türkiye'nin jeostratejik ve jeopolitik konumuna muhtaç olduğu aşıkardır.

ATA m. 90 uyarınca hiçbir üye devlet doğrudan ya da dolaylı olarak diğer üye ülkelerin ürünlerine iç pazardaki benzer ürünlere uygulanan doğrudan ya da dolaylı vergiyi aşacak hiçbir dahili vergi koyamaz. Ayrıca hiçbir üye devlet kendi ürünlerine örtülü koruma sağlamak amacıyla diğer üye devletin ürünlerine ulusal (dahili) vergi koyamaz. Malların serbest dolaşımı Gümrük Birliği'nin bütünlüğünün zedelenmemesi için gümrük tarifelerinde ve mali önlemlerde ayrımcılık açık biçimde yasaklanmıştır. Adı geçen madde doğrudan etkilidir. AB Komisyonu 01/01/1996'dan itibaren Gümrük Birliği üyesi olan ülkemizde de ATA m. 90'ın uygulanmasını kararlaştırmıştır.

Gümrük Birliği'nden beklenen sonucun elde edilmesi için malların serbest dolaşımı uygulaması ne denli yasal ve mantıklı ise simetrik ilişkilerin kurulabilmesi için de kişilerin serbest dolaşımı da uygulama alanına alınmalıdır. Bütünleşme sürecinde iç pazarın oluşumu hayati önemi haiz olduğundan konuya ivme kazandırmak amacıyla 1987'de Tek Senet ile karar mekanizması oybirliği yerine nitelikli çoğunluğa dönüştürülmüştür. Bu bağlamda ATA m. 202 uyarınca Konsey üye devletler arasındaki ekonomi politikaların uyumunu temin ederken alacağı karar ve koyacağı ku-

ralların uygulanması hususlarında Komisyona yetki verir. Konsey bu yetkilerin kullanılması ile ilgili belirli koşullar koyabildiği gibi belirli hallerde yetkileri kullanma hakkını da saklı tutabilir. İç pazarın geliştirilmesi süreci uyum temeli üzerinde inşa ve Konseyin üye devletlerin ekonomi politikalarını uzlaştırmasıyla mümkündür. Zira uyum ekonomik ve parasal birliğin önşartıdır. Üye devlet bakanlarının ulusal çıkarlarını ifade edip taahhütlerde bulunduğu Konsey, temelde yaşama erkine sahip kısıtlı olarak da yürütme gücünü haizdir. Bu itibarla Konsey AB müktesebatı ile ilgili kesin kararlar alırken üye devletlerin politikalarını da dikkate alır. 01 Mayıs 2004 tarihinden itibaren 25'e yükselen üye devlet adedi nedeniyle 31.10.2004'de Konsey'c katılan bakan sayısı 25 olmuştur. AB toplam nüfusu 455 milyona ulaşırken 01.01.2007 tarihi itibarıyla buna Romanya ve Bulgaristan'ın toplam 33 milyon nüfusu eklenmiştir. 01.11.2004'ten itibaren 321'e çıkan nitelikli çoğunluk oyları 01.01.2007 tarihi itibarıyla 345'e ulaşmıştır.

AB'nin dayanağı olan üç sütun teorisinin birinci ayağını Topluluklar oluştururken 2. ve 3. ayaklar Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası ile Adalet ve İçişlerinde İşbirliği Alanlarında Cezai Konularda Karar Almadır. Bu alanlarda AB Adalet Divanı'nın yargılama hakkı olmadığı gibi Konsey'in tavsiyelerde bulunmasına ihtiyaç vardır. Bu konularda karar alınmasında üye devletlerarası tabanda "compris" gerekir. Konseyin tek başına veya AP ile ortak karar yöntemi ile oluşturduğu hukuki tasarruflar AB Hukuku'nun ikincil hukukunu oluştururlar. Bunlardan tüzükler doğrudan uygulanır ve doğrudan etkilidir ve bağlayıcıdır. Doğrudan etkiden kasıt, gerçek ve tüzel kişiler tüzüklere dayanarak üye devletler ulusal mahkemelerinde gerek diğer bireylere karşı yatay etki doğrultusunda hak iddiasında ya da devlete karşı dikey etki doğrultusunda haklarını savunabilirler. Doğrudan uygulanabilir tüzüklerin üye devletler ulusal hukuklarına dahil çevre koruması ile ilgili ATA m. 174 birlik içerisinde amaca ulaşabilme için gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin kendi sorumluluk alanlarına devrini ikincillik ilkesi uyarınca koyar. Üye devletler ayrı düzenlemeler yapabilirler. Zira ATA m. 175, 176, 28 ve 95 uyarınca üyeler koruma standartlarını aşağı çekme olanaklarına sahiptirler. Bütün bunlar üye devletlerin farklı gelişme düzeyinde olduğunu tescil eder. Sonuç olarak şunu söylemek mümkündür; Birliğin koruma standartlarını geliştirme hakkı ve az gelişmişler için de bu standartların altında kalabilme hakkı tanınmıştır.

Birliğin çıkarlarını koruyan Avrupa Birliği Komisyonu idari bir organdır ve yasama yetkisi sınırlıdır. Komisyon Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası ile Polis ve Yargısal İşbirliği alanlarına karışamaz. Komisyon AB üye devletlerinden herhangi birisinin hükümet desteğini ATA m. 87 ile uyumlu veya İç Pazar'ın gelişim ya da işleyişi açısından uygun görmezse desteğin kesilmesini veya değiştirilmesini önerir. Komisyon dilerse ihtilafı ATA m. 226, m. 227, m. 228 uyarınca AB Adalet Divanı'na taşır. Komis-

yon bir üye devletin ATA'daki yükümlülüklerini yerine getirmediği kanısında ise ilgili devlete savunmasını sunabilmesi için süre verir bilahare de konu ile ilgili kararını gerekçeli olarak açıklar. İlgili üye devletin belirlenen sürede karara uymaması halinde, Komisyon konuyu Adalet Divanı'na taşıyabilir. Eğer bir üye devlet de diğer üye devletin ATA'dan kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davrandığı iddiasında ise konuyu Adalet Divanı'na taşıyabilir. Yalnız harekete geçmeden önce durumu Komisyona bildirir. Komisyon da her iki taraftan da durumun sözlü ve/veya yazılı açıklanmasını talep eder ve kararını da gerekçeli olarak bildirir. Eğer Komisyona bildirildikten sonra 3 ay içerisinde bir karar ittihaz edilmemişse üye devlet uyuşmazlığı Adalet Divanı'na götürmekte serbesttir. Divan'ın üye devletin ATA'daki yükümlülüklerini yerine getirmediğine karar vermesi halinde üye devletten karara riayet için gerekli önlemleri almasını ister. Önlemler alınmazsa ilgili üye devletten açıklama isteyen Komisyon takdir ettiği tazminat miktarını belirterek konuyu Divan'a taşır. Divan da verdiği karara riayet etmediğini tesbit ettiği üye devletin tazminat ödemesine hükmedebilir.

Antlaşmaların Topluluk kurumlarını yetkilendirmede yetersiz kalmaları durumunda ATA m. 308 bu boşluğu doldurur. İç Pazar'ın işleyişi sürecinde kurumların harekete geçmesi gerekliliği hasıl olursa m. 308 uyarınca Konsey Komisyon'dan gelen teklif üzerine oybirliği ile hareket edip AP'ye danıştıktan sonra uygun önlemleri alır. İkamet hakkının düzenlenmesi, yemden yerleştirilen işçilerin sosyal güvenlikleri, kişilerin serbest dolaşımı, işçi haklarının tazmini, Komisyon'un önerisi üzerine Konsey'in masrafları kısması veya Komisyon'un herhangi bir normu değiştirmek için verdiği teklif gibi alanların tümünde oybirliği aranır. Boş olarak kullanılan oylar oybirliğini etkilemez.

AB'de demokratik yapıyı güçlendirmek için Maastricht ve Amsterdam Antlaşmalarında yapılan değişikliklerle AP'nin yasama erki geliştirilmiştir. Son tahlilde amaçlananın entegrasyon olduğunu ve asimetric yapılanmaya izin verilmediğini bilmekteyiz. Bu itibarla AB Hukuku federatif karakteri haizdir. AP bütçeyi ve Komisyon'un yürütme yetkisini denetlemenin yanı sıra Konsey'e danışmanlık yaparak ve tavsiyelerde bulunarak yasama sorumluluğunu paylaşır. AB'nin genişlemesi, antlaşmalar yapması, Avrupa Merkez Bankası'na yetki verilmesi için daima AP'nin onayı gereklidir. AP üçüncü ülkelerden insan haklarının korunması için önlem alınmasını talep edebildiği gibi emeğin serbest dolaşımı, sağlık, adil ücret dağılımı, eğitim, kültür, tüketicinin korunması alanlarında Konsey ile ortak karar alma yöntemini kullanarak sorumluluğu paylaşır. Kamu fonlarını da denetleyen AP, Komisyonu yazılı ve sözlü denetime tabi tutulabilir, Komisyon Başkan ve üyelerinin atanmasını da onaylar. Komisyon'un kendisine sunduğu başlangıç programı ve dönem sonu program değerlendirme raporları ile ilgili yazılı ve sözlü soru sorabilir. AB vatandaşları gerek bireysel gerekse toplu olarak AB'nin sorumluluk alanına giren konularda Par-

lamento'ya başvuruda bulunabilirler. ATA m. 94 gereği, Komisyon'un tekliyi üzerine Konsey AP ve Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danışıp oybirliği ile hareket ederek İç Pazarın kuruluş ve işleyişini etkileyen yasal düzenleme ve idari hükümleri üye devletlerin kendi hukuk sistemleri ile uyumlaştırmalarını talep eder. ATA m. 94 doğrudan etkilidir. 14.06.1985'de biçimlenen ve 1990'da uygulamaya konulan ve üye devlet sınırları arasında AB yurttaşlarına serbest dolaşım ve yerleşim özgürlüğü tanıyan Schengen Antlaşmaları ile sınır denetimlerinin kaldırılması ve göç politikalarında uyum sağlanarak İç Pazarın gelişimine önemli katkı sağlanmıştır.

01.01.1994'de, yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması'nda tanımlanan AB teorisini oluşturan sacayağının üçüncü sütunu Adli ve İçişlerinde İşbirliğini belirlerken İç Pazarda AB yurttaşlarının ekonomik çıkarlarının zedelenmemesi için üçüncü ülke vatandaşlarının iltica ve göçüne sınırlamalar getirilir. ATA, AB vatandaşlarına üretim faktörlerinin serbest dolaşımı temelinde ekonomik kolaylıklar sunarak yerleşim özgürlüğü hakkını sağlar. Temel haklara ve temel hak niteliğindeki ekonomik hakların özüne hiçbir şekilde dokunulamaz. Irk temelli her türlü ayrımcılık yasaktır. ATA ikamet konusunda konulacak ayrımcılık yasağını tanımlar. AB vatandaşlarının ikamet hakkı pozitif yönde geliştirilebilir, kısıtlanamaz.

02.10.1997 tarihli Amsterdam Antlaşması, Maastricht ve Schengen Antlaşmaları'nın serbest dolaşım, göç, iltica gibi alanlarda bıraktığı boşluğu daha sıkı işbirliği ve esneklik gibi ilkelerle doldurur ve ulusal mevzuatların uyumlu hale getirilmesi sürecine ivme katar. ATA m. 37 yargı uyumunun önemini vurgular. Uyum olmadan İç Pazarı oluşturabilmek imkansızdır. Bu itibarla İç Pazarın kurulması ve izlemesinin önündeki sınırlayıcı önlemlerin kaldırılması amaçlanmıştır. Bunun için göç, iltica ve serbest dolaşım konuları ABADİvan'ın yetki alanına sokulabilmesi için üç sütun teorisinin Topluluklar sütununa nakledilmiştir. Böylece ABADİvanı ATA m. 68 uyarınca bu konularda üye devleti yargılama yetkisine sahip olunca bu tür davalarda aşağıdaki şart ve durumlarda ATA m. 234 uygulanır. Bu nedenle bu konularla ilgili bir davanın yorumlanması ve/veya AB kurumlarının tavırlarının geçerliliği ya da yorumu hakkında bir sorgulama vukuunda bir üye devlet mahkemesi kendi yargılama sürecinde, gerekli görüyorsa, Adalet Divanı'na önkarar yöntemi ile müracaat ederek Divan'dan hukukî ihtilafı karara bağlamasını talep eder. ATA m. 62/1 uyarınca bir üye devletin iç güvenliğinin, kamu sağlığı ve ahlakının korunması ile ilgili almış olduğu önlemler ya da kararlar hakkında ABADİvanı'nın yargı yetkisi yoktur. Konsey, Komisyon veya bir üye devlet Adalet Divanı'ndan bu davanın yorumunu veya karar ittihazını isteyebilir. Böylebir talep üzerine Divan'ın verdiği karar ABA m. 35 gereği üye devlet mahkemelerince verilen nihai karar ile kesinleşmiş kararları etkilemez, yani "res iudicata, pro veritate accipitur" Adalet Divanı m. 34/2d uyarınca üye devletlerle Komisyon arasında antlaşmaların uygulanması ya da yorumu ile ilgili çıkabilecek her türlü ihtilafta yetki sahibidir. ATA m. 61 gereği adalet, özgür-

lük ve güvenlik bölgesi kurmak için Konsey, 16 Haziran 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması yürürlüğe girdikten sonra beş yıl içerisinde sınır denetimi, sığınma ve göç ile doğrudan ilgili m. 62/2-3 m. 63/1-2 gereği alınacak önlemlerle bağlantılı olarak m. 14 uyarınca kişilerin serbest dolaşımını sağlayacak tedbirleri, ABA m. 31 gereği suçun önlenmesi ve suçla mücadele konularında gereken önlemleri, m. 63'deki sığınma, göç ve üçüncü ülke vatandaşlarının haklarının güvencesi altına alınması alanlarında gerekli önlemleri, m. 65 uyarınca vatandaşlıkla ilgili adli alandaki işbirliği ya da m. 66 gereği idari işbirliği için önlem alınmasını üst düzeyde güvenlik oluşturulabilmesi için AB egemenlik alanında kolluk ve adli merciler arasında işbirliği hususunda AB Antlaşması gereği önlemler olacaktır. Özgürlük, güvenlik, adaletin tesisi için AB ile üye devletler arasında işbirliği zorunludur.

ATA m. 62 uyarınca Amsterdam Antlaşması yürürlüğe girdikten sonra 5 yıl içerisinde Konsey AB egemenlik sahasında sınırların geçilmesi sırasında m. 14 uyarınca kişilerin hiçbir denetime tabi tutulmamasını temin edecek üye devletlerin bu kişileri kontrol için haiz olacakları standartları ve izleyecekleri usulleri tesis edecek üç ayı aşmayan kalışlar için vize kuralları koyacak, AB sınırlarını geçenlerden hangilerinin vize uygulamasına tabi olduğunu hangilerinin tabi olmadığını içerecek, üye devletlerce vize verilebilmesi için şartları ve yapılacakları belirleyecek tek tip vize formatı koyup kurallarını belirterek üçüncü ülke vatandaşlarının hangi koşullarda AB egemenlik alanında üç aydan fazla olmamak kaydı ile seyahat özgürlüğüne sahip olacakları düzenlemelerini yapar. ATA m. 63/3 ile göç politikası ile ilgili giriş koşulları, ikamet, üye devletlerce illegal göç ve illegal biçimde ikamet edenlerin iadesini de kapsayan ikamet izinlerinin ve uzun dönem vizelerin verilmesinde gözetilecek standartlar belirlenir. ATA m. 64 gereği Konsey üçüncü ülke vatandaşlarının göçleri ilgili düzenlemelerinde üye devletlere göçün yarattığı yığılmayı engellemek için sadece altı aylık tedbir alabilir. Bu durum üye devletin kamu düzeni ve güvenliğinin korunması gibi görevlerinin ifasını etkileyemez. Üye devletlerin üçüncü ülke vatandaşlarından gelen yoğun talep karşısında kalmaları durumunda Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine nitelikli çoğunlukla üye devletler menfaatine yürürlüğü altı ayı aşmayacak geçici tedbirler kabul edebilir. Yasadışı ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarının haklarını Konsey belirler. Kamu düzeni ve güvenliği dışında ATA m. 68 uyarınca Adalet Divanı üye devletler, Konsey, Komisyon tarafından talep edilmesi halinde önkarar yöntemi ile karar alabilir.

Malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbestçe dolaştığı İç Pazarda para birliğinin olduğu Euro alanında ekonomik ve parasal birliğin varlığı ile istikrarlı ekonomik büyümenin kurulması amaçlanmıştır. Tek para biriminin varlığı hem tüketici hem de üretici açısından geniş bir piyasada fiyat farklılığının olmaması, kur farkının doğmaması, kur riskinin ortadan kalkması ile KOBİ'lerc uygun yatırım ortamı sağlanması açısın-

dan avantajdır. Bu durumun doğal sonucu sürekli istihdam alanı yaratan ve rekabet gücünü artıran istikrarlı bir İç Pazarın oluşmasıdır. 1979'da iç pazarın gelişimi sürecinde üye devletlerin para birimleri arasında dalgalanmaları asgari düzeye çekerek istikrarlı bir para bölgesi yaratmak için üye devletlerin para değerlerinin ortak para birimi ve ortak para sistemini öngören uygulama Mart 1979'da oluşturuldu. Avrupa Para Sistemi (APS) ile para birimlerinin istenilen para ve ekonomi politikaları doğrultusunda yönetilebilmesine ve kur oranlarının karşılıklı belli sınırlar içerisinde dalgalanmasına olanak sağlanıyordu. AB'de 1979 yılına dek Avrupa Para Yılanı sistemi uygulandı. Ortak ekonomik politika izleme çabasında olan üye devletler parasal birleşme yolunda ilk adımı Lahey'de, 1969'da başlatılan çalışmaların sonucu 1970'de kabul edilen Werner Raporu ile Avrupa Para Birliği'ne kademeli geçişle attılar. 1972'de üye devletler Avrupa Para Yılanı adı verilen ortak parasal dalgalanma sınırını benimsediler. Avrupa Para Yılanı "Tüneldeki Yılan" ve "Tünelsiz Yılan" olarak iki biçimde uygulandı. "Tüneldeki Yılan" sisteminde AB ülkelerinin paralarının dalgalanmasında ikili sınır uygulanmaktaydı. AB üyelerinin paraları arasındaki dalgalanma sınırına "yılan". Amerikan Doları karşısındaki dalgalanma sınırına da "tünel" denilmekteydi. AB ülkeleri paralarının birbirlerine karşı dalgalanma marjı $\pm\%2.25$ ile sınırlıydı. Buna yılan denilmekteydi. Bu paraların Amerikan Doları karşısında dalgalanma marjı ise $\pm\%4.5$ oranındaydı. Bu da yılanın dolaşacağı tünelin genişliğini göstermekteydi.

Şubat 1973'de Amerikan Doları ikinci kez devalüe edildiği zaman Mart 1973'de başlayarak AB üye devletleri ulusal paralarını ayrı ayrı dolar karşısında belirli bir sınıra tabi olmadan dalgalanmaya bırakabilecekleri benimsendi. Böylece "Tüneldeki Yılan" uygulanmasında tünel ortadan kaldırılarak tünelin yılan sistemi kuruldu. Mart 1979'da ise istikrarlı para alanı yaratmak için aşan kur dalgalanmalarının önüne geçebilmek amacı ile Avrupa Para Sistemi oluşturuldu. Sistem üye devletlerin paralarının birbirlerine karşı değerini dar sınırlar içinde tutarak her üye devletin diğer üye devletlerin paralarına karşı $\pm\%2.25$ oranında dalgalanmasını öngörmekteydi. Yalnız İtalyan Lireti için sınır $\pm\%6$ idi. Avrupa Para Sistemi'nin hesap birimi ve ödeme aracı Avrupa Para Birimi (ECU) oluşturulmuştu. ECU'nun değeri üye ülkelerin paralarının ağırlıklı sabit tutarları toplamına eşitti. Her ülkenin sepet içindeki ağırlığı, ülkelerin AB içindeki ekonomik güçleri ile orantılıydı. Üye ülkelerin paraları Amerikan dolarına karşı ayrı ayrı dalgalanmaktaydı. 7/02/1992'de imzalanan Maastricht Antlaşması AB'nin 1999'da tek para sistemine geçişini öngörüyordu. Avrupa Para Birliği tek para politikasını temel alan Avrupa Merkez Bankası (AMB) kuruluşuna imkan tanıdı. 1979'dan başlayarak enflasyonun ve uzun dönem faiz oranlarının düşüşü ve 1986-1989 döneminde iç pazarı oluşturan üye ülkelerin para birimleri arasındaki kur farklarının 1975-1979 dönemine nazaran $\%25$ oranında azaltılması APS'nin başarısının kanıtıdır. Bu da

İç Pazarın tanımlanabilmesi için ekonomik ve parasal birliğin zeminini oluşturdu.

1989'da Madrid'de Konsey toplantısında alınan ve Temmuz 1990'dan itibaren Delors Raporu doğrultusunda sermayenin serbest dolaşımı ve ortak para birimi için koşulların ve Jaman planının oluşturulması Maastricht Antlaşması ile kesinleşmiştir. Böylece sermayenin hiçbir sınırlama olmaksızın dolaşımını Avrupa Para Enstitüsü (APE)'nin kuruluşu ve 31.12.1998'e kadar süren İç Pazarı oluşturan üye ülkelerin para politikalarının eşgüdümünün sağlandığı ikinci dönem izledi. Bu süreçte üye devlet merkez bankalarının özerkliği yasal olarak sağlanmıştır. 01.01.1999'da başlayan son dönemde APB'ye dahil ülkelerin para birimleri gayr-ı kabili rücu olarak Euro'ya sabitlenerek 31.12.2001 tarihine dek kaydı para olarak kullanılan Euro, İngiltere, Danimarka ve İsveç dışında 01.01.2002'den itibaren 12 ülkede tedavüle girmiştir. 01.01.2007 tarihinden itibaren Euro Kullanım Alanına (Euroland) Slovenya 13. ülke olarak kabul edilmiştir. Güney Kıbrıs Rum Kesimi de Maastrich Kriterlerini karşıladığını beyan ederek 01.01.2008 tarihi itibarı ile Euroland'e katılım için Avrupa Komisyonu'na başvuruda bulunmuştur.

ATA m. 121 uyarınca Komisyon ve APE, üye devletlerin parasal ve ekonomik birliğin gerçekleştirilmesi ile ilgili sorumluluklarını yerine getirip getirmediikleri hususunda Konsey'e rapor vereceklerdir. Bu raporlar her üye devletin ulusal merkez bankası yasası dahil yaptıkları yasama faaliyetinin ATA m. 108 ve m. 109 ve Avrupa Merkez Bankası Sistemi (AMBS) düzenlemeleri ile uyumunun tahlilini de ihtiva edecektir. Fiyat istikrarı alanında en iyi performansı gösteren üç üye devletin enflasyon oranını gözönüne alarak fiyat istikrarının gerçekleştirilmesi ATA 104/6 uyarınca belirtilen bütçe açık oranının aşılmasıyla dolayısıyla finans politikasının sürdürülebilirliği, APS kur oranına uyumlu dalgalanma marjının gözetilmesi, üye devletin APS'nin uzun dönemli faiz oranına uyumu gibi kısıtları için Komisyon ve APE'nin raporları AB'nin gelişimini ve piyasaların entegrasyon neticelerini, ödemeler dengelerini ve ücret göstergelerinin gelişimini de ihtiva ederler. Bu bulgulardan yola çıkan Konsey, Komisyon'un önerisi üzerine nitelikli çoğunlukla hareket ederek devlet ve/veya hükümet başkanları zirvesinde üye devletlerin tek para birimine geçiş için gerekli koşulları sağlayıp, sağlamadığını tavsiye biçiminde sunar. Üye devletler "Maastrich Ekonomik Kriterleri" olarak adlandırılan bütçe açıklarının GSYİH'den %3'den fazla olmaması, kamu borçlarının GSYİH'ye oranının %60'ın altında olması, enflasyon oranının, enflasyonun en düşük olduğu üç üye ülkenin aritmetik ortalamasının %1,5'dan fazla olmaması, uzun vadeli faiz oranlarının enflasyonun en düşük olduğu üç üye ülkedeki uzun dönem faiz oranlarının aritmetik ortalamasını %2'den fazla olmaması, üye ülkenin ulusal parasının en az iki yıl APS'nin belirlediği normal dalgalanma sınırlarında kalması gerekmektedir. Aday ülkeler, üye olduklarında ve yukarıda tadat edilen kriterleri yerine getirdiklerinde Euroland'e katilabi-

lirler. 01.05.2004 tarihinde üye olup da Euroland'e girmek istemeyen ülkeler Avrupa Merkez Bankası Sistemine dahil olacaklar ancak kendi para politikalarını belirleyip uygulayabileceklerdir.

01.01.1999'dan bu yana istikrarın sağlanması için aday ülkeler ile Euro ilişkisi kur oranı mekanizması üzerinden sağlanmaktaydı. 10.11.1999 Helsinki Zirvesi'nde adaylığı kesinleşen ülkemiz Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Euro Projesi ile AB müktesebatı ile uyum için Euro cinsinden tahvil, ek mevduatların yeniden tanzimi, teminat mektuplu döviz mevduatı ve kur hesaplanması alanlarında düzenlemeler yapmıştır. Euroland'e katılmak isteyen ülkeler ulusal tahvil programları ile bütçe açığı durumunda izlenecek usulü, ekonomik politikaların koordinasyonunu içeren istikrar ve büyümenin çok taraflı denetimi ışığında kamu açıklarını kapatmak amacıyla doğrudan merkez bankalarına başvurmayacaklar, kamu kurumlarınca finansal kaynakların öncelikli kullanımını engelleyecekler ve sermayenin serbest dolaşımını sağlayacaklardır. Aday ülkeler de iç pazarın işleyişini olumsuz etkileyecek aşırı kur dalgalanmalarından kaçınacaklardır. 1995'de Barcelona Deklarasyonu ile Akdeniz'e kıyısı olan ülkemiz dahil 12 ülke ile ekonomik ve mali işbirliğinin güçlendirilmesi ve ticaret hacminin artırılabilmesi için yapısal reformları gerçekleştirmek amacıyla mali destek verilmesi kararlaştırılmıştı. Ülkemiz, Yunanistan'ın veto su yüzünden bu destekten mahrum kalmıştır. Kurucu Antlaşma'nın yürürlük tarihi 1957'den evrensel petrol krizi 1973'e dek işsizlik sorunu yaşamayan üye ülkeler başlangıçta sosyal politikanın ve istihdamın önemini kavrayamamışlardı. Bilahare önemi katlanarak artan işsizlik sorunu ile ilgili olmak üzere ATA m. 125'e göre üye devletler konuyla uyumlu olarak istihdam alanında koordineli stratejiler yaratmak ve ABA'nın m. 2'de zikredilen amaçlara ulaşması eğitilmiş, nitelikli, değişikliklere uyum sağlayabilen işgücü yetiştirilmesi için çaba sarfetmişlerdir. Bu bağlamda danışma organı niteliğinde İstihdam Komitesi kurulmuştur. ATA m. 2 uyarınca ekonomik ve parasal birlik kurularak ATA m. 3 ve m. 4 gereği ortak politikalarla ekonomik etkinliklerin geliştirilmesine, üst düzeyde sosyal güvenlik ve iş güvenliğine, kadın-erkek eşitliğine, enflasyondan uzak, sürekli ve kesintisiz büyümeye, üst düzey rekabeti sağlamaya, yaşam standardının yükseltilmesine, çevre koşullarının geliştirilmesine ve üye devletler arasında uyum sağlanmasına yönelik çalışmaları kendine görev edinmişlerdir. Vatandaşlarının yaşam kalitesini ve standardını yükseltmek ve istihdam oranını geliştirmekle görevli olan AB, İç Pazarda malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını temin etmek ve üçüncü ülkelere gelecek göçmenleri, mültecileri, ve yasadışı olarak AB üye ülkelerine girişleri engellemişlerdir. Bu bağlamda üye ülkelerin istihdam politikalarının eşgüdümü sağlanarak, sosyal ve ekonomik entegrasyon için yapısal reformlara gidilmiştir.

Şirketler Hukuku gereği bir üye devlette kurulu bir tüzel kişiliğin diğer üye devlette yerleşmesine getirilen sınırlamalar kaldırılmak ve diğer

üye ülkede acente ya da şube kurulmasında da kısıtlamalar olmamalıdır. Bir üye devlette mukim, o devletin yasalarına göre kurulmuş, idare merkezi o ülkede olan şirketler AB içerisindeki gerçek kişiler gibi muamele görmelidirler. Bu bağlamda şirketler veya dernekler, ticaret hukukuna veya medeni hukuka göre kurulmuş ortaklık yapılarını, kamu ya da özel hukuka tabi diğer tüzel kişilikleri kapsar. ATA m. 301'de zikredilen davalar da harekete geçmek gerekiyorsa Konsey m. 301'de belirtilen usulle sermayenin dolaşımı ve ilgili üçüncü ülkelerle bağlantılı ödemeler hakkında gereken acil önlemleri alır. ATA m. 297 de gözetilerek –Konsey önlem almadığı halde– bir üye devlet, acil durumlarda ciddi politik gerekçelerle ilgili üçüncü ülkenin ödeme ve sermayenin serbest dolaşım alanlarında tek taraflı önlemler alabilir. Komisyona ve diğer üye devletlere en geç bu önlemlerin yürürlüğü giriş tarihlerinde bilgi verilmelidir. Komisyonun önerisi üzerine nitelikli çoğunlukla karar alan Konsey, tek taraflı önlem alan üye ülkenin bunu kaldırmasını veya değiştirmesini kararlaştırır ve AP'y i alınan karar hakkında bilgilendirir.

ATA m. 25-31 gereği 16. üye olarak Gümrük Birliği'ne dahil ülkemize AB kurumsal normları uygulamada sadakat kuralına, Kurucu Antlaşma'nın m. 10 ve m. 12 gereği ayrımcılık yasağına, m. 23 ve m. 24 gereği malların serbest dolaşımı kuralına, m. 25-31'deki gümrük birliği hükümlerine, m. 43-48'deki yerleşim özgürlüğüne aykırı hareket etmektedir. Ülkemizin AET ile imzaladığı 1963 tarihli Ankara Antlaşması, 1971 tarihli Katma Protokol karşılıklı haklar ve borçlar yaratır. 1987'de Demirel Kararı'nda zikredildiği gibi Ankara Antlaşması, Katma Protokol hakkında yorum yetkisi Adalet Divanı'nındır. Bilahare 2/76, 1/80, 3/80, 1/95, 2/95 Ortaklık Konseyi Kararları ve ABAD'ın içtihatları ülkemiz ile AB arasında bir Ortaklık Hukuku yaratmıştır. Bunların arasında doğrudan uygulanabilir ve doğrudan etkili maddeler de vardır. Fikri ve sınai haklar, rekabet hukuku, kamu alanları, teknik ve garanti standartları alanındaki uyum Türkiye-AB ilişkilerinin tipik Gümrük Birliği'nin ötesinde genişlediğinin kanıtlarıdır. 1/95 sayılı OKK uyarınca sınai mallar ve işlenmiş tarım ürünleri iç Pazar'da serbest dolaşabilmektedir. Sermayenin serbest dolaşımının yanı sıra 2000 yılından beri hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili müzakereler yapılmaya devam etmekte ise de henüz kayda değer bir gelişme olmamıştır. AB geleneksel Türk tarım ürünlerinin İç Pazarda serbest dolaşımını ortak tarım politikası ile uyuşturmada gerekçesi ile reddederken Komisyon, idari maliyetleri ve engelleri artırdığı gerekçesi ile 1996'da başlanmış olan hayvancılık ve et ticareti üzerindeki limitlerin kaldırılmasını talep etmektedir. Komisyon fikri haklar, devlet yardımları ve rekabet hukukundaki uyumsuzluktan dolayı Türk tekstil ve hazır giyim sektörünü izlemekte ve kotalar koyabilmektedir. Üye olmadan Gümrük Birliği'ne katılan ülkemiz, Gümrük Birliği prosedürleriyle ilgili olarak Gümrük Birliği Komitesi ve Araştırma Komitesi kanalıyla bilgilendirilir, karar alma sürecine katılamaz. Bu nedenle ancak dolaylı olarak rahatsızlıklarını ve taleplerini ile-

tebilir. Gümrük Birliği Komitesi, Türkiye, Komisyon ve üye devlet temsilcilerinden oluşur ve ayda bir toplanarak Ortaklık Konseyi'ne danışmanlık yapar. 36 üyeden oluşan (18 üye Türkiye'yi 18 üye de AB'ni temsilen) Araştırma Komitesi yılda iki kez toplanarak Türkiye-AB ilişkilerini ekonomik, politik ve sosyal açıdan güçlendirmeye çalışır. 1/95 sayılı OKK uyarınca Türkiye AB'nin iç pazar politikası ile uyumlu olmayı kabul etmiştir. Bu politikanın oluşturulmasında oy hakkı olmayan Türkiye AB tarafından sadece bilgilendirilir. 1/95 sayılı karar uyarınca gümrük vergilerini AB'nin onayı olmadan kaldıramaz, değiştiremez, yeniden düzenleyemez.

Türkiye 1994 tarihli yasa ile uyumlaştırmayı sağlayarak ortak gümrük terminolojisine uyumu sağlayıp gümrük tarifeleri arasındaki uyumsuzluğu gidermek durumundadır. Bilindiği gibi doğrudan uygulanabilirlik özelliği taşıyan herhangi bir hukuki tasarrufun ya da kuralın üye devlet iç hukuklarına dahil edilmesi için hiçbir işleme gerek yoktur. Doğrudan etki nedeniyle özel ve/veya tüzel kişiler haklarını doğrudan etkili ulusal üstü hukuki tasarrufa istinaden ulusal mahkeme önünde başka özel ve/veya tüzel kişilere karşı ileri sürebilirler (yatay etki) ya da devlete karşı ileri sürebilirler (dikey etki). Bu özel ve/veya tüzel kişilerin kendi ekonomik varlıklarını olumsuz etkileyen hukuki tasarruflar uygulamalar için ATA m. 230/5 uyarınca işlemde haber alma tarihinden başlayarak 60 gün içinde iptal davası açabilirler. Bu özel ve/veya tüzel kişilerin bir üye devlet tabiyetinde olmaları gerekmez. ABA Divanı, Konsey'in, AP'nin, Komisyon'un AB Merkez Bankası ile ortak karar alarak gerçekleştirdiği işlemleri inceleyebilir ve Divan bu maksatla üye devlet, Konsey veya Komisyon tarafından iddia edilen yetkisizlik, antlaşmanın ihlali, yetkinin istismarı vb. konularda yargılama yapabilir. ABA Divanı AP, Denetim Kurumu, AB Merkez Bankası kendi yetkileri ile ilgili yargılamayı yaptığı gibi özel ve/veya tüzel kişilerin haklarını dolaylı ya da dolaysız biçimde haleldar eden hukuki tasarruflara (kararlar dahil) karşı açtıkları davalarda yargılama yapar. Dava açma hakkı olgunun öğrenilmesinden itibaren 2 (iki) aydır.

AB üye devletlerinde yaşayan yurttaşlarımızın hak arama kültürlerinin süreç içinde gelişmesi sonucu çeşitli davalar önkarar yöntemi ile ABA Divanı önüne getirilmiştir. 12/86 sayılı Meryel Demirel davası ilktir. Demirci, Ankara Antlaşması m. 12, Katma Protokol m. 36 istinaden kişilerin serbest dolaşımının 01.13.1986 tarihine dek aşamalı olarak gerçekleştirileceğine istinaden Stuttgart İdare Mahkemesi'nde açtığı dava önkarar yöntemi ile ABA Divanı önüne gelmiştir. ATA'nın m. 39, m. 40 ve m. 41 işçilerin serbest dolaşımı ile ilgilidir. Elbette ki serbest dolaşımında vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yasaktır. ATA m. 251 uyarınca Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danışan Konsey üye devletlerin istihdam kuruluşları arasında yakın işbirliğini temin, işçilerin serbest dolaşımını sınırlayan idari uygulamaların engellenmesi, endüstride ve değişik bölgelerde istihdam düzeyine ve yaşam standardına yönelik tehditleri geçersiz bırakacak arz-talep dengesini oluşturmak amacıyla üye ülkeleri ortak program çatısı altında top-

lamak, genç işçi değişimini desteklemek için yönergeler çıkarır. Meryem Demirel davasında ABADivanı dayanan maddelerin açık olmaması, koşul taşıması nedeniyle niyet ifade ettiğini bu konuda OKK kararı gerektiği hükmünü verirken Ankara Antlaşması, Katma Protokol ve OK Kararlarını *acquis communautaire*'in ayrılmaz parçası olduğunu teyit etmiştir. Meryem Demirel davası dolayısıyla üye devletlerin, sadakat ilkesine aykırı davranarak Türk vatandaşlarının ikametini zorlaştıran idari uygulamalar kullandıkları açıktır. Oysa ki üye devletler Kurucu Antlaşmadan kaynaklanan veya AB kurumlarının oluşturdukları yükümlülüklerle uymak Konsey, Komisyon, AP, Denetim Kurumu, ABA Divanı'nın görevlerini tam olarak yerine getirmelerini engelleyebilecek her türlü önlemden kaçınmak zorundadırlar. ATA m. 220 uyarınca ABAD, *acquis communautaire*'in yorum tekeline alinde tuttuğu gibi uygulamaların da hukukî güvencesidir. ABAD temel hukuk ilkelerinden, mukayeseli hukuktan yararlanarak yorumlarını zenginleştirir. Bu bağlamda 237/91 Kuş, 355/93 Eroğlu, 277/94 Tafflan ve Met, 171/95 Tetik, 351/95 Kadıman, 285/95 Kol, 386/95 Eker, 98/96 Ertanır, 39/96 Günaydın, 11/97 Birdan, 2000 Ömer Nazlı, Mayıs 2000 Abdülnasır Savaş Kararları ile 2/76, 1/80, 3/80 OK Kararları'nın muhtelif maddelerinin doğrudan uygulanabilir ve doğrudan etkili olduğu teyid edilmiştir. Etkililik ilkesi uyarınca *acquis communautaire*'i tatbikiğini engelleyen ulusal hukuk kuralı uygulanmaz. Supranational hukukun temel haklarından olan kişilerin serbest dolaşımı ona bağlı yerleşim serbestisi doğrudan etkilidir ve ulusal düzenlemelerle engellenemez. İdari uygulamaları düzenleyen ulusal normlar AB müktesabatına göre yorumlanmalıdır. Aksi takdirde tazminat yaptırımını uygulanır.

AB-Türkiye Ortaklık Hukukunun çıkış noktası Roma Antlaşması'ndan esinlenen AB Hukuku'nun da kaynaklarından olan Ankara Antlaşması ve Katma Protokol'dur. Ulusal hukukların uyumlaştırılmasına hız kazandırmak için ATA m. 94'deki oybirliğinden ziyade ATA m. 95'deki nitelikli çoğunluk kullanılarak asgari uyum azami uyuma dönüştürülmüştür. Bu ilkedan hareketle AB zorunlu düzenlemeleri gerçekleştirir. ATA m. 5 uyarınca Kurucu Antlaşma'nın kendisine tanıdığı yetki sınırlarında hareket eden Topluluk konulan hedeflere de ulaşmak zorundadır. Bu itibarla Topluluk, münhasır yetkisi alanına girmeyen fakat üye devletlerce de tek olarak başarılması mümkün olmayan alanlarda talilik prensibi uyarınca devreye girer ve görevi tam ve mükemmel ifa eder.



BİLİRKİŞİLİKTE YAŞANAN BAZI OLAYLARA AİT ÖRNEKLER

Prof. Dr. Selahaddin ANIK

Bilirkişilikte dosyalarda olaylara bakarken, mümkün merteye olayı çok taraflı incelemek ve değerlendirmek gerekir. Bu da bilirkişinin o konudaki bilgi ve birikiminin o olaya iyice uygulanmasıyla gerçekleşir. Bir insan bir yere bir iğne deliğinden bakarsa bir nokta görür. Bir anahtar deliğinden bakarsa bir doğru görür. Bir pencereden bakarsa 180 derecelik bir alanı görür. Eğer etrafı açık bir balkondan bakarsa, 180 dereceden daha fazla bir alanı görerek ona göre değerlendirme yapar. Bununla ilgili olarak 2007 yılı içerisinde yaşadığım iki anımı aktarmam yerinde olacaktır. Bir gün Levent Adliyesi'nde Baroda oturuyordum. Oturduğum yerin yanında ve sol tarafın da avukatların su içme ihtiyacını karşılamak üzere, bardakla suyun içildiği su şişesi (damacanası) duruyordu, o sırada genç bir hanım avukat gelerek dolaptan su içmek için bardağını alıp, damacananın altındaki musluğu tuttu ve biraz sonra da bardağı ağzına götürerek suyu içmeye çalıştı. Fakat bardakta su yoktu. Bardağı bir defa daha musluğa götürdü biraz bekledikten sonra tekrar bardağı ağzına götürerek suyu içmeye çalıştı. Fakat bardakta yine su yoktu. Halbuki damacana boştu ve içerisinde su bulunmamaktaydı. Bunu yan taraftan gözlediğim için, ikinciden sonra, "Hanımefendi damacana su yok" diye müdahalede bulundum. Aynı olay, bundan bir kaç ay sonra Sirkeci Adliyesi'nde yine Baro Odasında otururken aynı şekilde cereyan etti. Tabii ki bu iki olayda da su damacasına bakış, iğne deliğinden veya anahtar deliğinden yapılan bakış gibidir.

İnsanların olaylara bakışında o kişinin mesleğinde yetiştiği ortamın ve yanında yetiştiği kişinin de büyük rolü ve önemi vardır. 800. doğum yılını kutladığımız büyük mütefekkir ve hümanist Mevlana Celali Rumi'nin kendisine usta seçerken yaptığı bir benzetme vardır ki, buna burada temas etmem yerinde olacaktır. Mevlana bir tabağın ortasına bir su bardağı koyar ve tabağa da bardağın etrafına buğday taneleri saçar. Daha sonra da bardağa bir borudan damlalar mertebesinde su akıtır. Akan suyun bardağı doldurması bir hayli zaman alır. Bu süre zarfında da buğ-

day taneleri daima tane halindedir. Aradan epeyce zaman geçtikten ve bardak su ile dolup, suyun bardaktan taşarak buğday tanelerini ıslatmasından sonra, zamanla buğday taneleri de yeşermeye başlar ve yeni mahsul verecek duruma girer.

İşte burada Mevlana: Bir işte kendimiz usta seçecek iseniz, dolu bardak gibi dolmuş kişileri seçin, aksi halde siz de o kişinin yanında uzun zaman doluncaya kadar beklemiş olursunuz.

Bu husus yetişen her kişinin hayatında ve mesleğinde çok önemli rol oynar. Bazen öğrencilerim bana, “hocam, doktora yapmak için kimin yanında yapmamı önerirsiniz” diye sorar. Buna verdiğim cevap ise, “o hocanın şimdiye kadar kaç doktora yaptırdığını ve her doktoranın ortalama kaç yıl sürdüğünü öğrenmeden doktora hocası seçmeyin” olur. Yanında yetiştiğiniz ustanın, yetişmenizdeki önemi büyüktür. Size daha sonra hayatınızda farkında olmadan çok şeyler kazandırır.

1. Numunenin şartnameye uygunluğu

Yıllar önce Ticaret Mahkemelerinin birinde bilirkişilik yaptığım bir dosyada: “Bir Devlet Dairesi piyasadan şartnamesi göre bir plastik emtia almak için açtığı ihaleye giren satıcıların birinin malını şartnameye uygun değil diye reddetmiş. Satıcı da bu idare aleyhine malının şartnameye uygun olduğunu ileri sürerek dava açmış. Dosyayı inceledim ayrıca satılan o maldan bir/iki numune de emanete alınmış durumda bulunmaktadır. Mahkeme numuneleri de bize vererek bunu üniversite laboratuvarında incelememizi istedi. Burada bilirkişi incelemesi için Mahkeme tarafından alınan ara kararını belirtmekte fayda bulunmaktadır. Ara kararı “bu mal şartnameye **uygun mu, uygun değil midir**” şeklindedir. Dosyayı inceledim ve daha sonra da o numuneleri laboratuvarında denedim. Mallar çekme mukavemeti şartnameye uymadığı için reddedilmiş. **Şartnamede çekme mukavemeti için örneğin 35 ila 45 kg/mm² olacak şekilde bir değer verilmiş.** Fakat laboratuvarında yaptığım deneylerde bu değer şartnamenin üst değerinden de fazla olarak **50 kg/mm²** olarak çıktı. Mahkemenin ara kararına göre bir değerlendirme yapıldığında, numune şartnameye uymamaktadır. Fakat numune özellikleri itibarı ile şartnamenin istediği kaliteden de daha iyi durumdadır. Raporu yazmandan önce dosyaya bakan Naip Hakim Üye ile görüşüp, durumu kendisine izah ettim. Hakim bana bunun şartnameden daha iyi olacağını raporumda belirtmemi söylemesine rağmen, ben buna karşı çıktım, kendisine bu şekilde bir raporun ara kararına aykırı olmaması ve taraf vekillerinin “**Bilirkişinin kendisini hakim yerine koyarak karar verdiği**” itirazına maruz kalmaması için, “lütfen siz duruşmada bu husus için yeni bir ara kararı oluşturarak, bilirkişiden ek rapor talep edin” dedim. Olayı yasal kalıba oturttuk ve olay çözüldü.

2. Karbonmonoksit zehirlenmesi ile ölüm

18 yaşlarındaki bir genç kız, LPG gazlı bir şofbenli banyoda banyo yaparken karbonmoksit gazı ile zehirlenerek vefat etmiştir. Dava bir Ticaret Mahkemesi'nde tüp ve şofben imalatçısı ve satıcıları ile tüpü sigorta eden sigorta şirketi aleyhine tazminat davası olarak açılmıştır. Mahkeme Heyeti ile birlikte ölümün meydana geldiği banyoya gittik. Kaza sırasında kullanılan şofben ve tüp de mahkemede bulunmaktadır. Yerinde gerekli incelemeleri yaptıktan sonra, mahkemeye tüp ve şofbenin bir defa da Türk Standartlar Enstitüsü Laboratuvarı'na gönderilerek burada incelenerek rapor alınmasını teklif ettik. Teklifimiz kabul edildi ve şofben ile tüp TSE Laboratuvarı'na gönderildi. Gelen rapor da bize iletildi, raporda gerek tüpte gerekse şofben de herhangi bir imalat hatasının bulunmadığı ve sağlam oldukları belirtilmişti. Zaten kendimizin yaptığı incelemede de aynı sonuca varmıştık. Keşif sırasında ölümün meydana geldiği banyoda yaptığımız incelemede de, banyoda dışa açılan bir ufak pencerenin bulunduğu, ve şofben bacasının da bir soba borusu ile duvarın delinerek boru ile dışarıya verildiği görülmüştür. Banyo sırasında ufak pencere kapı durumunda bulunmaktadır. Banyonun kapısının altından da içeriye taze havanın girmesi için yeter açıklık bulunmamaktadır. Baca da usulüne uygun olarak yapılmadığından şofbende yanan LPG'nin sonradan oluşturduğu karbonmonoksit gazı yeterince dışarıya atılmadığından banyoda yıkanan genç kız zehirlenerek vefat etmiştir. Bu durumda tüpü imal eden dolduran ve salanın herhangi bir kusuru bulunmamaktadır. Şofbenin, bacası iyi çekmeyen bir banyoya şofbeni satan tarafından monte edilmesi gerekir. Dolayısıyla da olayda esas kusurlu şofbeni satan ve baca durumuna bakmadan kusurlu bir şekilde monte edendir. Bu raporu bir ben, bir hukukçu yardımcı doçent ve bir de sigorta uzmanı olarak vermemiz gerekiyordu. Diğer iki bilirkişi arkadaşı, LPG tüpleri için sigortaca ödenmesi gereken zaruri sigorta tazminatının davacıya ödenmesini ileri sürerek ayrı rapor verdiler ve bunda da Yargılayın karbonmonoksit zehirlenmesi ile ilgili bir kararını da raporlarına eklediler. Dosya daha sonra ek rapor için tekrar heyetimize geldi. Ek raporda tüpün doğrudan doğruya karbonmonoksit zehirlenmesine sebebiyet vermediğini, zira tüpte karbonmonoksit gazı bulunmadığını, tüpteki LPG gazının Propan+Bütan gazlarının karışımı olduğunu, bunların da karbonmonoksitle ilgisinin bulunmadığı ve LPG'nin ancak şofben de yandıktan sonra şofben tarafından karbonmonoksitle dönüştüğünü belirttim. Dolayısıyla karbonmonoksit tüpten değil, şofbenden çıkmıştır. Bu bakımdan LPG tüpleri için ödenmesi gereken zaruri tazminatın ödenmemesinin gerektiğini kanaatimi ileri sürdüm.

3. Hava yastığının açılmaması sonucu ölüm

Son zamanlarda araçlardaki hava yastığının açılmaması ile ilgili çok davalar Mahkemelere aksetmektedir. Bir yolcu aracında sürücü hava

yastığı açılmadığı ve sürücü de emniyet kemerini bağlamadığı için kafası ön cama çarparak beyin harabiyeti sonucu vefat etmiştir. Araç üzerinde yapılan incelemede araç ön tarafından aldığı darbe ile tamamen akordiyon haline gelmiş ve buna rağmen sürücü hava yastığı açılmamıştır. Bu çarpma şekline göre de hava yastığının açılması gerekmektedir. Araç imalatçısı aracın hava yastığının açılmamasının bir imalat hatası olmadığını ve sürücü eğer emniyet kemerini bağlamış olsaydı ölmeyeceğini ileri sürerek emniyet kemeri bağlanmadığından hava yastığının da açılmadığı yönünde bir savunma yapmaktadır. Hava yastığı emniyet kemerinden sonra bulunmuş ve emniyet kemeri yeterli olmadığı için buna ek olarak hava yastıkları da araçlara takılmıştır. Burada ölümün esas nedeni sürücünün başının ön cama çarparak beyin harabiyetinin meydana gelmesidir. Çarpma sırasında eğer hava yastığı açılmış olsaydı, emniyet kemeri bağlanmamasına rağmen, sürücünün başı ön cama çarpmayacak ve hava yastığı sürücünün başının çarpmasını önleyecekti. O zaman da sürücü beyin harabiyetine maruz kalmayacaktı. Burada ölüme, doğrudan doğruya hava yastığının açılmamasının sebebiyet verdiği açıktır.

4. Havagazı zehirlenmesinden ötürü ölüm

Bu olay İstanbul'da havagazının kullandığı ellili yıllara aittir. Ankara'dan bir profesör kızını İstanbul Üniversitesi'ne kayıt yaptırmak için İstanbul'a gelir ve Beyazıt'da üniversiteye yakın Mercanlardaki 4/5 katlı bir otelin en üst katında ve asansör boşluğunun hemen karşındaki bir odada kalır. Bir sabah odasına girildiğinde profesörün havagazından zehirlenerek öldüğü tespit edilir. O gün profesörün kaldığı otelin önündeki havagazı geçen borunun bulunduğu kısımda bir kazı yapılır. Kazıdan sonra da kazılan kısım gelişi güzel bir tarzda toprakla doldurularak kapatılır. Bu kısımda tamamen otelin giriş kapısı önüne tesadüf etmektedir. Daha sonra gelişi güzel kapatılan bu kazı yerinden on tonluk yüklü bir kamyon geçer ve yer altında bulunan ve hava gazı geçen dökme demir (pik) boruyu çatlatır. Çatlayan bu kısımdan sızan hava gazı da, havadan hafif olduğundan ve aynı zamanda da asansör boşluğu da baca gibi iyi bir hava akımının geçişine sebebiyet verdiği için, bu kanal ile asansör boşluğundan en üst kata geçer ve burada da asansör boşluğunun karşısında bulunan profesörün odasında toplanarak profesörün geceleyin zehirlenmesine neden olur.

5. Aks kesen 15 tonluk bir kamyonun arka çift tekerleği

Bundan otuz yıl kadar önce, havanın karardığı saatlerde İstanbul'dan Tekirdağ'a doğru Renault marka arabası ile yokuş yukarı seyreden bir sürücü karşıdan üzerine doğru yokuş aşağı gelen bir karartı görür ve hemen yolun sağına çekilerek arabayı durdurup arabadan dışarı çıkar. Gelen o karartı 15/20 tonluk bir kamyonun aks kesen arka iki tekerleğidir. Tekerler Renault marka aracın üzerinden geçerek aracı tamamen hurda haline getirir ve giderek ileride bir yerde yan yatmak sureti ile

durur. Bu olayda Renault marka aracı kasko sigortası yapan sigorta şirketi aracın bedelini araç sahibine ödedikten sonra kamyon sahibi ve sürücüsü aleyhine Ticaret Mahkemesi'nde rücu davası açar. Dava da bilirkişi olarak bana gelir. Yaptığım incelemede: Kamyonun aksını uzatmak için kesip sonradan bu aksı kaynakla birleştirmişlerdir. Kaynakla birleştirilen bu aks da tam kaynak yerinden kırılarak tekerlek fırlayıp yokuş aşağı inmektedir. Burada aks malzemesi karbonu yüksek bir çelik olduğu için, bunun kaynağı oldukça zor ve çok tehlikelidir. Çok özel tedbirler alınmadığı ve kaynağının bir kaynak mühendisi nezaretinde yapılmadığı taktirde, kaynak yerinin çok gevrek olacağı ve dinamik yük altında bulunan kamyonun da yolda o tekerleğinin hızla bir taşla ve arızaya çarpması ile kaynak yerinden kırılacağı gayet doğaldır. Nitekim burada da olay bu şekilde olmuştur. Kaynağı gelişi güzel bir atölyede ve ehil olmayan kaynakçılar tarafından yapıldığından, aks kaynaklı yerden kırılmıştır. Mesele bu gibi kaynaklar Almanya'da ancak kaynak mühendisinin kontrolü ve nezaretinde yapılarak kaynak mühendisinden olur aldıktan sonra kullanılmasına müsaade edilir. Buna benzer olaylar memleketimizde çok yapılmaktadır. Böyle bir otobüse veya kamyonu çok insanlar binmekte ve hayatını hiçe saymaktadır. Gerek bu olay gerekse yukarıda ki havagazı pik borusunun çatlaması olayı, Türkiye'de tesadüfen yaşadığımızın açık kanıtlarıdır. Halbuki Avrupalı ölüyorsa tesadüfen ölüyor.

6. Yaya kaldırımında yürüyen yayaların hiçbir kusuru yok mu?

Bu olayın üzerinden de elli yıllık bir süre geçmiştir. Olayda bir alkollü sürücü gece yarısı yönetimindeki araçla bir dört yol kavşağında köşeyi dönerken hızla yaya kaldırımına çıkar o sırada yaya kaldırımında yürüyen dört kişiye çarparak ölümüne sebebiyet verdiği gibi, yine köşede bulunan bir balıkçı dükkanına girerek de dükkanın tamamen harap olmasına sebebiyet verir. Dava İstanbul da Ağır Ceza Mahkemeleri'nden birinde açılmıştır.

Üç kişilik bir heyet olarak raporumuzu verdikten sonra, Mahkeme bilirkişi heyetini duruşmaya davet ederek taraf vekillerinin duruşma sırasında soracağı suallere cevap vermemizi ister (o zamanlar Mahkemelerde böyle bir uygulama vardı). Bizde heyet olarak duruşma saatinde Mahkemede bulunduk. Çeşitli sualleri cevapladıktan sonra araç sürücünün vekili bizlere şöyle bir soru sordu: "*Yaya kaldırımında yürüyen yayaların da olayda herhangi bir müterafik kusuru yok mu?*" Ölen dört kişide tamamen yaya kaldırımında yürümekte ve araç aşırı bir hızla gelerek virajı alamadığı için kaldırımına çıkarak yürüyenlerin ölümüne sebebiyet vermiştir. Bu suale verilecek cevap: "*Yayalar havada mı yürüsünler*"dr. Yayalar caddeye inmemiştir. Kendilerine ait yaya kaldırımında yürümektedir.

7. Öndeki çarpılan araç sürücüsünün alkollü olduğu

İki araç arka arkaya seyrederken, arkadaki araç öndeki aracın arka tarafına çarpmıştır. Arkadan çarpan aracın sürücüsü alkollüdür. Arkasından çarpılan araç kasko sigortalı olup, sigortası kendisine çarpan aracın sürücüsü alkollü olduğu için, kasko bedelini ödememektedir. Araç sahibi de sigorta şirketi aleyhine dava açmıştır. Sigorta şirketi çarpan aracın sürücüsü alkollü olduğu için ödeme yapmadığını savunmaktadır. Burada sigortalı aracın sürücüsü alkollü değildir ve kendisi arkasındaki araca çarpmamıştır. Alkollü sürücü kendisine çarpmıştır. Dolayısıyla da kasko bedelinin ödenmesi gerekir. Sigorta şirketi kasko bedelini ödedikten sonra arkasındaki alkollü araca rücu edebilir. Alkollü olduğu için arkadaki aracı kasko sigortası yapan sigorta şirketi kasko bedelini alkollü olduğu ve kazada münhasıran alınan alkolün etkisi ile meydana geldiği için ödemeyebilir.

Bu gibi olaylar meydana geldiği gibi, bazen de kendi müvekkilinin aracına tedbir koyduran vekiller görülmektedir.



ORTAOKUL VE LİSE ÖĞRENCİLERİNE YÖNELİK TESADÜFİ (RASTGELE) UYUTUCU-UYUŞTURUCU VE UYARICI MADDE ARAMA TESTİ UYGULAMASI

*Doç. Dr. Nevzat ALKAN**

GİRİŞ

Madde kullanımı dünyanın tüm ülkeleri için ortadan kaldırılmaya gayret edilen bir problemdir. Kimlerin, neden ve ne şekilde madde kullanmaya başladığını açıklamaya çalışan çok sayıda davranış bilimsel ve tıbbi açıklama söz konusu olmakla birlikte üzerinde görüş birliğine varılan nokta; madde kullanım ve bağımlılığının biopsikososyal (bazı genetik ve biyolojik etmenler, kişinin ruh sağlığı ile ilgili dinamikler ve şahsın içinde bulunduğu çevresel özellikler ile ilgili etmenler) etmenlerden temelini alan bir durum olduğudur(1).

Madde kullanımı, bağımlılık ile ilgili çalışan profesyoneller tarafından, genellikle 4 kategoride sınıflandırılmaktadır;

- 1-Deneyici,
- 2-Kullanıcı,
- 3-Düzenli kullanıcı,
- 4-Bağımlı.

Ülkemizde pek çok konunun istatistiki verisinde belirgin bir yetersizlik söz konusu olduğu gibi, sağlık alanında üretilmiş bulunan istatistiki verilerde de bir yetersizlik ve ihtiyaca cevap verememe durumu söz konusudur. Ülkemizde ne madde bağımlısı sayısının kaç kişi olduğu, ne bir yıl içerisinde yaklaşık kaç kişinin madde kullanımına başladığı ve ne de okullarda madde kullanım sıklığının ne seviyede bulunduğu gibi pek çok konuda ülke istatistikleri bulunmamaktadır (2, 3). Elbette istatistiki yetersizlik durumunun çeşitli sebepleri söz konusudur. Bunlar arasında;

1- Ülkemizde genel olarak istatistiki veri üretme ve bunu kamuoyuyla paylaşma ve hatta bırakın kamuoyuyla paylaşmayı, o alanla ilgili çalışmalar yapan profesyoneller ile paylaşma kültüründe bir tikanıklık söz konusudur,

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

2- Madde kullanmış ve denemiş olma konusu, ülkemizde kişilerin hayatlarının sonrasındaki kalan kısmı ile ilgili oldukça kötü bir nam bırakan ve kişinin ve hatta ailesinin damgalanmasına sebep olan, tabu bir konudur (4).

3- Yine ülkemizde bazen iyi niyetlerle üretilen mahrem bilgilerin sonrasında bir biçimde, kamuoyu önüne çıkması çok yaygın rastlanan skandal bir durumdur.

Veri üretmedeki durumumuz böyle olunca da o alan profesyonellerinin ellerindeki yetersiz bilgi ve belgeler ile ulusal ölçekte iddia taşıyan ve net yaklaşımlar içeren çözüm önerileri üretebilmesi oldukça güç olmakta ve hatta çoğu zaman hiç olmamaktadır.

ORTAOKUL VE LİSE ÇAĞINDAKİ ÇOCUKLARIN ÖZELLİKLERİ

İnsan hayatının çeşitli evreleri söz konusudur. Bu evreleri; çocukluk, gençlik, orta yaşlılık ve ihtiyarlık olarak 4 kategoriye ayırabiliriz. Yine çocukluk dönemini de kendi içerisinde altı kategoriye ayırabilmekteyiz: Yenidoğan dönemi, bebeklik, erken çocukluk, geç çocukluk, ergenlik ve gençlik. Elbette insan hayatında her yaş döneminin kendisine has özellikleri ve dinamikleri söz konusu olmaktadır.

Ergenlik dönemi yaş sınırları kesin olarak ortaya konmayan, kız çocuklarında ve erkek çocuklarında farklı olmak ve çocuklar arasında da bazı farklılıklar görülmekle birlikte, genel olarak 13-17 yaş arasındaki dönem kapsayan, oldukça özel bir dönemdir. Bu dönem, insan hayatının en çalkantılı ve riske en açık olduğu dönemlerden bir tanesini teşkil etmektedir. Bu yaşların çocukları, daha cesurdurlar, daha pervasızdırlar, daha meraklıdırlar, dünyayı keşfetmeye daha açıktırlar ve bu döneme has gel-gitleri de bünyelerinde daha yoğun olarak yaşamaktadırlar. Yine bu dönemde elde edilen iyi ya da pek çok alışkanlık, çoğu zaman hayatın kalan kısımlarına da etki etmektedir. Söz konusu ergenlik döneminin bu denli kendine özel ve dinamik olmasından ötürü, Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Bilimi (Psikiyatri) genel olarak 2 ana gruba ayrılmaktadır. 1- Erişkin psikiyatrisi, 2- Çocuk ve ergen psikiyatrisi. Görüldüğü gibi bu bilim alanında ergen psikiyatrisi, alanın isimlendirilmesine dahi yansıyan bir özellik arz etmektedir.

Ergenlik çağının bu denli gelgitli ve denemeye açık olmasından dolayı yeni madde kullanıcıları yaratmaya çalışan madde satıcıları, bu çağdaki çocukların madde kullanımına alıştırılmasına özel bir önem vermektedirler. Ergenlik dönemi çocukları; gerek hormonal değişimler dönemi olması sebebi ve gerekse de bir birey olarak daha öne çıkıp, kendisini gösterebilmek arzusu sebebi ile, yeni keşif ve denemelere daha cesurca, düşüncesizce ve pervasızca yaklaşmaktadırlar. Bu yaş grubunda madde kullanımının denenmesi ile ilgili risklerde bu dinamiklerden kaynaklanmaktadır. Ülkemizde bu çağ çocukları ile ilgili madde kullanım sıklığı konusunda fazlaca çalışma bulunmamaktadır. Ancak genel olarak ortaokul

ve lise çağını teşkil eden bu çocukların içlerinde buldukları okul ve arkadaş çevreleri de söz konusu madde kullanımına başlama ya da bağımlı olma tehlikelerini arttırabilmektedir. Ülkemizde zaman zaman çeşitli basın ve yayın organlarında yer almakta olan “madde kullanım yaşı 11’ e düştü” ya da “madde kullanımı çocukluğa indi” gibi insanın tüylerini diken diken eden haberler dışında, bu konuda çok da sağlıklı bilimsel veri ve istatistiklerimiz bulunmamaktadır (5-7).

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ’NİN BAZI UYGULAMALARI

ABD bu çağdaki çocukların madde kullanmamalarını sağlayabilmek amacıyla özel bazı düzenlemeler ve çalışmalar yapma yoluna gitmiştir. Özellikle pek çok alandaki tutucu yaklaşımları ile bilinen George W. Bush döneminde bu türlü girişimler daha da yaygınlaşmıştır. ABD’de başkanlık makamı, önemli yetki ve tasarruf haklarına sahip bulunan, yönetsel bir pozisyondur. Bu yetkiler arasında ABD’nin en yüksek mahkeme seviyesini teşkil eden, Yüksek Mahkeme Başkan ve Üyelerini de belirlemek ve senatonun uygun görmesi durumunda atanmasını sağlamak da bulunmaktadır. İşte söz konusu mahkemenin son 12 yıl içerisinde aldığı 2 (iki) kritik karar ile ergenlik dönemi çocuklarının madde kullanımının önüne geçilmesi, kullanmakta iseler bunun ortaya çıkartılabilmesi ve bu belirlemenin üzerinden derhal madde kullanımı ve eğer bağımlılık da oluşmuş ise çocukların bu bağımlılıktan kurtarılabilmesi çalışmaları ile ilgili önemli programlar geliştirilmiştir. Söz konusu programların bütçe desteğini sağlayan en önemli birimlerden bir tanesi, yine doğrudan ABD Başkanı’ na bağlı görev yapan, Ulusal Madde Kontrol Siyaseti Ofisi’ dir. Söz konusu ofis, ABD Eğitim Bakanlığı bünyesinde görev yapmakta olan, Güvenli ve Madde Kullanılmayan Okullar Ofisi’ nin çalışmaları için önemli finansal ve stratejik programlar ile olanaklar sağlamaktadır. ABD’de zorunlu eğitim yaşı 18 yaşına dek sürmekte olduğundan gerek eğitim bakanlığının ve gerekse de bu güçlü ofisin çalışmaları, ergenler üzerinde önemli etkilerde bulunmaktadır.

ORTAOKUL VE LİSE ÖĞRENCİLERİNE YÖNELİK TESADÜFİ MADDE TARAMA TESTİ PROGRAMI

1980’li yılların ortalarından itibaren ABD okullarında madde kullanım ve bağımlılığı oranlarının artmaya başlaması üzerine çeşitli okul yöneticileri, veliler, okul aile birlikleri, yerel yöneticiler ve güvenlik yetkilileri bir araya gelerek sorun hakkında çözüm programları üretmeye çalıştılar. Söz konusu programlardan bir tanesi ortaokul ve lise öğrenimine devam eden ve ergen olmaları sebebi ile madde kullanımı için risk teşkil eden özel gruplara, “tesadüfi madde tarama testi” uygulamalarını geliştirdiler. Söz konusu programlardan ilki 1990’ lı yılların başlarında oluşturuldu ve bazı eyalet ortaokul ve liselerinde, çeşitli spor branşları etkinliklerine katılmak isteyen öğrencilerin, tesadüfi olarak madde tarama testi uygulamalarına alınmaları zorunlu hale getirildi. Uygulama bu biçimde

devam ederken iki öğrenci ve velileri, söz konusu uygulamanın yerel hukuki düzenlemelere ve hatta ABD anayasası hükümlerine göre “kişi mahremiyetini ihlal eden bir girişim” olduğunu iddia ederek, konuyla ilgili dava açtılar. Söz konusu konu ile ilgili dava 1995 yılında ABD Yüksek Mahkemesi’ nin önüne geldi.

Bu noktada ABD Yüksek Mahkemesi’nin ne olduğunu ortaya koymakta yarar vardır.

ABD YÜKSEK MAHKEMESİ NEDİR ?

ABD Yüksek Mahkemesi, ABD’nin en üst seviye mahkemesidir. Bir başkan ve 8 üyeden oluşmuştur. Başkan ve üyeler, ABD Başkanı tarafından seçilir ve senatonun uygun görmesi ile göreve başlarlar. Söz konusu mahkemede başkan ve üyelikler dışında ABD Anayasası’ nca belirlenmiş başka bazı yönetsel pozisyonlar da mevcuttur. Bu pozisyonların bazılarına doğrudan mahkeme başkanı tarafından, bazılarına üyelerin kararı ile ve bazılarında da mahkeme başkanı ve üyelerin müşterek kararı ile atamalar yapılmaktadır. Söz konusu mahkeme 1789 yılında teşkil edilmiş olup, 1790 yılında bugünkü yapısına kavuşmuştur. Mahkemenin görev alanları ABD anayasasında net olarak belirlenmiştir. Bunlar arasında; eyaletler arasındaki ihtilafların çözülmesi, ABD büyükelçileri ve bakanları ile ilgili davalar, bir eyalet vatandaşı ile diğer eyalet yönetimi arasındaki konunun çözülmesi gibi konular bulunmaktadır. Yargı yılı her yıl Ekim ayının ilk Pazartesi günü başlar ve adli tatil uygulaması bulunmamaktadır. Mahkemeye yıllık başvuru sayısı 8.000 olup, üye başına yıllık 1.200 değerlendirme düşmektedir. Yüksek mahkeme başkanı ve üyeleri görevlerinden azledilemezler, eğer kendi rızaları yok ise herhangi bir sebeple görevlerinden alınamazlar, başka bir yere atanamazlar ve üyelikleri yaşadıkları müddetçe devam eder. Ancak istisnai olarak, kendilerinin de rızalarının alınması şartı ile sağlık durumları sebepleri ile görevlerini sürdüremeyecekleri belirlenirse emekli olabilirler. ABD yüksek mahkemesinde, kurulduğu 1789 yılından bu yana 17 başkan ve 98 üye (halihazırda görevdekiler de dahil) görev yapmıştır. Mahkemenin şu an ki başkanı, üyeleri, doğum yılları, hangi başkan tarafından önerildikleri ve göreve başladıkları ay-yıl aşağıda verilmiştir;

Başkan, John G. Roberts, Jr., 1955, George Walker Bush, Eylül 2005

Üye John Paul Stevens, 1920, Gerald Ford, Aralık 1975

Üye Antonin Scalia, 1936, Ronald Reagan, Eylül 1986

Üye Anthony M. Kennedy, 1936, Ronald Reagan, Şubat 1988

Üye David Hackett Souter, 1939, George Herbert Walker Bush, Ekim 1990

Üye Clarence Thomas, 1948, George Herbert Walker Bush, Ekim 1991

Üye Ruth Bader Ginsburg, 1933, William Jefferson "Bill" Clinton, Ağustos 1993

Üye Stephen G. Breyer, 1938, William Jefferson "Bill" Clinton, Ağustos 1994

Üye Samuel Anthony Alito, Jr., 1950, George Walker Bush, Ocak 2006

Sandra Day O'Conner (Ocak 2006' da sağlık sebebi ile görevden çekilmiş üye.) 1930, Ronald Reagan, Eylül 1981

İşte söz konusu Yüksek Mahkeme'nin 1995 yılında önüne gelen dava şudur;

1- Vernonia School District 47 J v. Acton Davası:

1980' li yılların ortalarından itibaren ABD okullarında madde kullanım sıklığının arttığı, çeşitli anonim araştırma yöntemleri ve bilgiler ile ortaya konmuştur. Oregon eyaletindeki Vernonia bölgesi de bu artıştan nasibini alan bölgeler arasındadır. Bu bölgede yürütölen çalışmalarda madde kullanım oranlarındaki artışın altında özellikle Amerikan futbolunda lider durumunda bulunan bazı öğrencilerin hal ve hareketlerinin esinlenme yaratmakta oluğu değerlendirmesine ulaşılmıştır. Bu durum üzerine söz konusu bölge okullarında madde kullanımının zararları ile ilgili eğitim programları, seçmeli ders uygulaması ve konferanslar gibi eğitim faaliyetlerine ağrılık verilmiş, ancak söz konusu uygulamalar ile ortaokul ve lise öğrencileri arasında madde kullanım sıklığı ile ilgili anlamlı bir azalma tespit edilememiştir. Bu uygulamalar ile amaçlanan yararın elde edilememesi üzerine 1990' lı yılların başlarında ilgili okul yönetimleri, öğrenci velileri, okul aile birlikleri, güvenlik birimleri temsilcileri ve yerel yöneticiler bir araya gelerek "spor aktivitelerine katılacak öğrenciler arasında tesadüfi ve zorunlu madde tarama testlerinin uygulanması" kararına varmışlardır. Uygulama şu biçimde yürütölmüştür;

- Sezon başlarken tüm öğrencilerin idrarları madde mevcudiyeti yönünden analiz edilecek,

- Her hafta tesadüfi olarak seçilecek % 10 sporcu öğrencinin idrarları analiz edilecek,

- Herhangi bir öğrencinin testinin madde varlığı yönünden pozitif çıkması durumunda öğrencinin durumu ailesine bildirilecek ve öğrenci 6 hafta boyunca her hafta idrar analizi yaptırarak,

- Bu esnada öğrenciye konuyla ilgili profesyonel danışmanlık verilecek ve hatta gerekiyor ise tedavi alması sağlanacak,

- Problem ciddi ise öğrenci o yıl ki spor etkinliklerinden ve hatta gerekirse ikinci yıldaki spor etkinliklerinden yasaklanacak.

Söz konusu uygulama bu biçimde devam ederken o bölgedeki bir öğrenci o sene 7. sınıfa başlamış ve futbol kulübüne de kayıt yaptırmıştır.

Ancak öğrencinin söz konusu kulübe kayıt yaptırabilmesi için okulun spor kulüplerinde yer alan öğrencilerin tümüne zorunlu olarak tatbik edilmekte olan “tesadüfi madde tarama testine” velisinin izin vermesi ve söz konusu rıza formlarını imzalaması gerekmektedir. Ancak bu ön şart öğrencinin velisi ve diğer bir öğrencinin velisi tarafından; “bu durum mahremiyet haklarına aykırılık teşkil eden bir uygulamadır.” denerek kabul edilmemiş ve söz konusu formlar imzalanmamıştır. Okul yönetimi bu öğrencileri spor kulübü aktivitelerine dahil etmemiştir. Bunun üzerine aileler konuyla ilgili olarak dava açmışlar ve konu 28.03.1995 tarihinde ABD Yüksek Mahkemesi’ nin önüne gelmiştir. Yüksek mahkeme konuyu çeşitli yönleri ile incelemiş ve 26.06.1995 tarihinde, 6’ ya 3 oy çokluğuyla aldığı kararla “söz konusu zorunlu testlerin hukuka uygun olduğu.” kararına varmıştır. Söz konusu kararda özetle; “ABD Anayasası’nun bireylere mahremiyet hakkı tanıdığı, ancak söz konusu uygulamanın henüz kendi başlarına karar verme yetenekleri gelişmemiş öğrencilerin sağlıklarının korunmasına yönelik bir uygulama olduğu, bu tip bir uygulama ile öğrencilerin daha güvenli bir okul bünyesinde eğitim görme haklarının uygulanabilir olduğu, spor faaliyetlerinin nispeten interaktif ve mahremiyeti daha az olan etkinliklerden olduğu, yine söz konusu testlerle bireyin gebe olup olmadığına ya da şeker hastası olup olmadığına bakılmadığı, test sonuçlarının sadece okul yönetiminde görevli özel bir birimce ve öğrenci velilerince bilinmekte olduğu, konunun hiçbir biçimde polis birimlerine yansıtılmadığı, üstelik söz konusu testlerin bireyin sadece idrarı üzerinden yapılması sebebi ile herhangi bir sağlık riski de taşımamakta olduğu, sayılan bu sebepler ile söz konusu test uygulamalarının ABD anayasasını ihlal niteliğinde değerlendirilemeyeceği.” kararına varmışlardır. Elbette söz konusu uygulamanın ABD anayasasına aykırı olduğu ve uygulanmaması gerektiği konusunda, muhalif kalan 3 üye de, çeşitli hukuki değerlendirmelerde bulunmuşlardır.

Bu karar, birazdan belirteceğim tarama testlerinin uygulama alanlarını genişletmeye yarayan ikinci bir kararın emsal alındığı karardır.

ABD’de uygulamalar bu biçimde devam eder iken 2002 senesinde, yine yüksek mahkemenin önüne bu kez “ortaokul ve liselerde eğitim gören çocuklardan okul dışı kulüp aktivitelerine katılacak öğrencilere zorunlu tesadüfi madde tarama testlerinin uygulanabilip uygulanamayacağı ile ilgili yeni bir dava gelmiştir. Söz konusu dava da; Board of Education of Independent School District No. 92 of Pottawatomie County et al. v. Earls et al. davasıdır.

2- Board of Education of Independent School District No. 92 of Pottawatomie County et al. v. Earls et al. davası:

Söz konusu dava bilgilerine geçmeden önce ABD’de okul kulüpleri ya da ders dışı müfredat kavramı ile ilgili bazı bilgilerin aktarılması uygun olacaktır: Ülkemiz eğitim sisteminde genel olarak müfredat dışı kulüp uy-

gulamaları ve programları önemli bir yer tutmamaktadır. Ancak ABD’de söz konusu faaliyetler, eğitim ve öğretim fonksiyonunun çok önemli ve vazgeçilmez bir parçasıdır. Durum böyle olunca da pek çok ortaokul ve lise öğrencisi, söz konusu müfredat dışı okul faaliyetlerine iştirak etmek için istekli olmaktadır.

Yine ABD’de eğitim sistemiyle ilgili şu ayrıntının verilmesi uygundur; ABD’de okul eğitiminde pek çok faaliyet okulda ya da okulla ilgili gerçekleştirilmektedir. Buna disiplin cezaları ile ilgili uygulamalar da dahildir. Bu ülkede öğrenciye tatbik edilen disiplin cezası sisteminde; “ders saatleri sonrası okulda kalma cezası” ya da “Cumartesi günü okula gelme cezası.” gibi cezalar söz konusudur. Ülkemizde ise daha ziyade zıt olarak; “okuldan uzaklaştırma cezası” caydırıcı olan cezalar arasındadır.

Söz konusu dava, ABD Yüksek Mahkemesinin önüne Oklahoma eyaletinde yaşanan bir olay nedeniyle 19.03.2002 tarihinde gelmiştir. Bu olayda ilgili öğrencilerin velileri **“okullarında ders dışı aktivitelere katılan öğrencilere, öğrencilerin rızası alınmadan rastgele madde arama amaçlı, idrar analiz testleri uygulanmakta olduğu ve bu durumun öğrencinin mahremiyetini ihlal ettiğini, bunun da ABD anayasasına aykırılık teşkil ettiğini”** ifade etmeleri ile başlamıştır. ABD Yüksek Mahkemesi, 27 Haziran 2002 tarihinde, 5’e 4 oy çokluğu ile aldığı karar ile özetle; **“öğrencilerin ders dışı aktivitelerinde mahremiyet haklarının azalacağını, okul yönetimlerinin öğrenciler arasında madde kullanımını önleyebilmek amacıyla bu biçimde bir yaklaşımda bulunmaları hakkının olduğunu, uygulanan analiz yöntemlerinin kişilere herhangi bir zararının bulunmadığını ve dolayısı ile öğrencilerin mahremiyet haklarına zarar getirmeyen, anayasaya aykırı olmayan bir uygulama olduğunu”** belirtmişlerdir. Bu karar ile birlikte ABD’deki orta okul ve liselerde söz konusu madde tarama testlerinin uygulanması yaygınlaşmıştır. Söz konusu kararda vurgulanan diğer bir husus; “çocukların erişkinler ile aynı haklara ve özgürlüklere sahip olmadıkları, bazen kendileri için yararlı olabilecek kararların düzenlenebileceği” hususudur.

Kanaatimce ABD’de bundan sonraki dönemde ortaya çıkacak yeni tartışma konusu “ortaokul ve lise eğitimine devam eden tüm öğrencilere, zorunlu olarak tesadüfi madde tarama testlerinin tatbiki.” konusu olacaktır. Ancak elbette böyle bir girişimin önünde daha büyük ve daha ciddi hukuki itirazlar söz konusu olacaktır ve böyle bir girişim de gerçekleşirse, artık o durum da yüksek mahkeme tarafından oy çokluğu ile kabul görmeyecektir.

ORTAOKUL VE LİSE ÖĞRENCİLERİNDE ZORUNLU TESADÜFİ MADDE TARAMA PROGRAMI NEDİR?

ABD’de halihazırda yukarıda özetlenen iki kararda da belirtilen yüksek mahkeme kararlarınca ortaokul ve liselerde;

1- Spor aktivitelerine katılan öğrencilere,

2- Ders dışı okul aktivitelerine katılan öğrencilere, madde kullanıp kullanmadığının ortaya konulabilmesi amacıyla ile, tesadüfi bir biçimde ancak belirlenen kişilerin mutlak söz konusu teste iştiraki ile, madde tarama testleri tatbik edilmektedir (8).

Madde tarama testleri nelerdir?

Bir bireyin herhangi bir maddeyi kullanıp kullanmadığı, gelişen tıp teknolojileri sayesinde çeşitli metotlarla ve uzunca da kabul edilebilecek süreler boyunca gerçekleştirilebilmektedir. Bu testlerin gerçekleştirilebileceği vücut parçaları çeşitli olup bazıları insan için acı-ızdırıp veren yöntemlerdir, ancak özellikle son yıllarda geliştirilen ileri teknolojiler sayesinde bir çoğu bireye hiçbir zarar ve ızdırıp vermez.

Acı veren metotlardan en bilineni ve en sağlıklı sonuçlara ulaşılabilen yöntem, kişinin damarının delinerek kanının alınması ve alınan bu kanda da çeşitli teknolojiler kullanılarak madde arama testlerinin tatbik edilmesidir. Çeşitli maddelerin kanda tespit süreleri, vücudun söz konusu maddeyi vücudundan atabilme sürati ve madde çeşidine göre de değişkenlik göstermekle birlikte, 24-72 saattir.

İnsana acı ve ızdırıp vermeyen metotlar arasında ise;

- 1- Şahsın idrarının analizi,
- 2- Şahsın tükürük ya da ağız çalkantı suyunun incelenmesi,
- 3- Şahsın saç kılının incelenmesi ve
- 4- Şahsın terinin analizi gelmektedir.

Belirtilen inceleme materyallerinde vücuda alınan maddelerin vücut içerisinde uğradığı yıkıma bağlı olarak çeşitli ürünlerinin belirlenmesi söz konusudur. Bu belirlemeler vücuda alınan maddeye ve kişinin vücudundaki değişim süratine bağlı olarak, idrarda günlerce (3-7 gün), saç kılında ise aylarca (1-6 ay) kabul edilebilecek bir süre öncesinde kişinin madde kullanıp kullanmadığı ortaya koyabilmektedir.

ABD'de makalede bahsedilen zorunlu tesadüfi madde tarama testlerinde kullanılan test materyali öncelikle çocuğun idrarıdır ve bu materyali elde etmek, çocuk için herhangi bir risk teşkil etmez. Uygulama bu sebeple yaygınlaşma olanağı bulmuştur.

Zorunlu tesadüfi madde tarama test uygulamaları nasıl olmaktadır?

Öncelikle bir okulda böyle bir uygulamaya geçilmesi konusunda okul yönetimi, okul aile birliği temsilcileri, veliler, eğitim işleri ile ilgili görevli yerel yöneticiler ve analizleri yapacak laboratuvar yetkililerin katıldıkları toplantılarla ortak bir karara varılmaktadır. Söz konusu kararın alınma-

sında öğrencilerin katkısı alt seviyededir. Uygulamaya başlamadan önce görüş birliği ve uyum sağlanmaz ise, uygulamanın başarıya ulaşma şansının olmadığı belirtilmektedir. Alınan kararda madde tarama testlerinin kimlere, hangi seçim kriterleri ile ve ne sıklıkla tatbik edileceği gibi tüm ayrıntılar yazılı olarak belgelenmektedir. Yine test uygulamasında herhangi bir öğrencide test sonucu pozitif çıkarsa, programın kuralı gereği, durum polis birimlerine yansıtılmamakta, çocuğa cezai-disipliner herhangi bir yöntem tatbik edilmemektedir. Bu uygulamada amaç çocuğu madde kullanması ile ilgili olarak ifşa edip, cezalandırmak değil; durumu belirleyip, çocuğa yönelik ve özel programlar teşkil edebilmektir. Söz konusu bilgiler sadece özel yetkiyle bu tür bilgilere ulaşma izni verilmiş görevli ekipçe (genellikle bu bir kişiden oluşan bir ekiptir), çocuğun öğretmeni ile ve velileri ile paylaşılmaktadır. Söz konusu çocuğun madde kullanım durumunun ciddiyeti izleyen testler ve o testlerin de doğrulanma testleri ile netliğe kavuşturulmakta ve öğrenci; madde kullanım ve bağımlılığı ile ilgili özel eğitimlere tabi tutulmuş profesyonellerden danışmanlık alması, madde kullanımının etkisinin ve olumsuzluğunun aktarıldığı derslere kaydolması, gerekli ise bazı ders dışı aktivitelerden alıkonulması ve eğer durum ciddi ve gerekli ise bağımlılık ile ilgili çalışan sağlık profesyonellerinin tedavisine yönlendirilmesi gibi uygulamalara tabi tutulmaktadır. Konuyla ilgili en ileri uygulama, madde bağımlılık tedavisidir ki bu da sadece artık madde kullanım sıklığı üst seviyeye ulaşmış çocuklarda gerekli olmaktadır. Sürecin tatbik edilmesinde ve değerlendirilmesinde en üst seviyede gizliliğe riayet edilmekte, gizliliği ihlal eden bir durum oluştuğunda buna sebep olanlar hakkında ciddi yaptırımlar tatbik edilmektedir (9).

Konunun bir de ekonomik yönü mevcuttur. Söz konusu testlerin maliyetleri, o okul bölgesinde risk teşkil eden ve o sebeple aranmasına öncelik verilmesi kararına varılan madde türlerine ve uygulanan test metotlarına göre değişmekle birlikte, her bir test için yaklaşık 10-30 ABD doları harcanmakta, söz konusu maliyet öğrenci velilerine yansıtılmamakta, okul bütçesinden karşılanmaktadır. Söz konusu okul bütçesi de federal ve eyalet fonları + alınan bağışlar ve bu programın geliştirilmesi amacı ile bütçeye özel olarak konulmuş fonlardan oluşmaktadır. Halihazırdaki ABD yönetimi söz konusu test uygulamalarına olumlu bir bakış sergilediğinden fonlar da son yıllarda daha da artışlar görölmektedir. Nitekim konuyla ilgili olarak ABD Başkanı George W. Bush tarafından 20.01.2004'te yapılan açıklamada; *"Madde kullanımıyla ilgili agresif ve toplumu korumayı hedefleyen mücadelemiz bütçemizde daha da artan bir kaynak aktarımı (belirtilen artış miktarı o yıl için 23 milyon ABD dolarıdır) ve eforla devam edecektir."* demiştir. Genellikle aranan maddeler esrar, eroin, morfin, kokain ve amfetamin türevleri (ecstasy, captagon) olmakla birlikte bazen o bölge için özel önem taşıyan diğer bir madde de olabilir.

Söz konusu idrar tarama testlerinin duyarlılığı (materyalde madde mevcut iken testten “madde var” reaksiyonu alınması, ya da idrarda madde yok iken testten de “madde yok” reaksiyonu alınması) yüksek, hata oranları (yani idrarda madde yok iken testte “madde varmış” reaksiyonu alınması ya da idrarda madde var iken testte “madde yokmuş” reaksiyonu alınması) düşük olmakla birlikte sonuçlar yine de % 100 kesin değildir. Bazen şüpheli durumlarda testin doğrulanması (aynı numunenin daha hassas ve ileri tekniklerle analiz edilmesi) amacı ile doğrulama amaçlı başka testlerin de tatbik edilmesi gerekebilmektedir. Elbette bu durum maliyetleri de arttıran bir etkidir.

SONUÇ

“Ortaokul ve lise öğrencilerine zorunlu tesadüfi madde tarama testi” uygulamaları, esasen öğrencilerin, **“söz konusu tarama testi uygulaması ile madde kullandığım her an ortaya çıkabilir.”** düşüncesinin oluşmasını sağlayarak öğrencinin maddelerden uzak durmasını sağlamayı hedefleyen bir uygulamadır. Konuyla ilgili çeşitli çalışmalarda ergen yaştaki bu çocukların gerek merak sebebi ile ve gerekse de içerisinde buldukları ortam ve arkadaş çevresi sebebi ile zaman zaman madde kullanım ya da kullanma teklifi imkanı bulabildikleri, hele günümüzdeki artan iletişim ortamında bu yaş grubu çocukların daha da artan tehdit altında buldukları, kitle iletişim araçlarında ve internette sürekli olarak madde kullanımını merak ettirecek ya da özendirilecek bir şarkı, film, görüntü ya da teklif ile karşı karşıya kalınmakta olduğunu; ancak tesadüfi ama zorunlu olarak tatbik edilmekte olan tarama test programları ile çocukların madde kullanımından uzak durdukları belirtilmektedir (10). Yine bir diğer çalışmada, 2002 yılında yüksek mahkemece verilen bu karar neticesinde, bu yaş grubundaki çocuklarda madde kullanım oranlarının yarı yarıya azalmış olduğu belirtilmektedir.

Madde tarama testlerinin diğer bir yararı anne-babanın, öğretmenin ve okul yönetiminin öğrencinin durumu hakkında haberdar olabilmeleridir. Bu erken farkındalık, çocuk ile ilgili daha ileri dönemlerde ortaya çıkması muhtemel, daha trajik durumların önüne geçilebilmesinde kritik bir vasıta. Çünkü madde kullanımıyla ilgili bilinen en temel gerçeklerden bir tanesi; “maddelerin bireylerde psikolojik ve/veya fiziksel bağımlılığa sebep oldukları ve dolayısıyla bu çocukların, söz konusu keyif verici maddelerden kurtulabilmelerinin tek başlarına mümkün olamayacağı.” yönündeki değerlendirmelerdir. Öğrencinin madde kullanım durumunun erken fark edilebilmesi ile öğrenci daha profesyonel yaklaşımlara, yakın takibe ve kontrole maruz kalmakta ve bu da öğrencinin geleceği için daha yararlı olmaktadır. Konuyla ilgili belirtilen son fayda, toplumsal yarar üzerinedir ve şu biçimdedir; Madde kullanıcısı çocukların erken dönemde fark edilmesi ile ve gerekli önlemlerin alınması ile; önce bireyin, sonrasında da bu bireyin kuracağı ailenin sağlıklı olacağı; toplumların da sağlıklı aileler sayesinde huzurlu olabileceğidir.

Konuuya, benzer tarama testlerinin ¼lkemizde uygulanabilirliği ve gerekli olup olmadığı yönünden baktığımızda;

1- Testleri uygulayacak laboratuvar altyapısı, kapasitesi ve teşkilatlanması bakımından,

2- Uygulamanın maliyeti bakımından,

3- Anayasa, Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik gibi mevzuat içeriği bakımından ve son olarak da,

4- ¼lkemizde madde kullanım probleminin ne seviyede ve ciddi olup olmadığı verilerinin ortaya konamamasından dolayı kısa vadede uygulanabilir olmadığıdır.

Ancak değerlendirmek istediğim son şey şudur;

¼lkemizde benzer tarama programlarına gereksinim var mıdır ? Bu soruya net bir cevap verebilmek mümkün değildir. Çünkü ¼lkemizde ne madde kullanıcısı sayısı, ne bağımlı sayısı ve ne de madde kullanımına ruhen-bedenen açık insan sayısı bellidir. Bu konuda ne siyaset belirleyicilerin, ne de alan profesyonellerinin bir tahmini söz konusu değildir. Ancak değerlendirmem; 1980' lere dek sadece madde geçiş ¼lkesi olarak tanımlanan ¼lkemizin artık Birleşmiş Milletler raporlarında hem madde geçiş ¼lkesi hem kaynak ¼lke seviyesine yükseldiğini göz önüne aldığımızda; ¼lkenin koşullarının güçlüğü sebebi ile pek çok insanın moralinin bozuk, çıkış arar vaziyette ve bu tür maddelerin de keyif verici nitelikleri olması sebebi ile; yine basın yayın organlarında rol model olması gereken pek çok kişinin de bu tür maddeler ile bir biçimde bağlantılarının çıkmakta oluşu sebepleri ile ve son olarak da ¼lke narkotik birimlerinin her gün tonlarca kilogramda ya da milyonlarca adet keyif verici madde ele geçirmelerini ve ele geçirilen madde miktarlarının da aslında piyasada mevcut miktarların çok azı olduğunun bilinmesi sebebi ile; bu tür tarama programlarının, özellikle bazı bölge ve merkezlerde, uygulanmasının yararlı olacağı kanaatindeyim. Elbette böyle bir faaliyet bugünden yarına hayata geçirilebilecek bir şey değildir. Konuyla ilgili çeşitli profesyonellerin, multidisipliner bir faaliyet göstererek, gerekli hukuki alt yapı, profesyonel yaklaşım, gerekli laboratuvar organizasyonu ve gerekli mahremiyet koşullarını hazırlamasından sonra benzer bir uygulamaya geçilmesinin ¼lkemiz için yararlı olabileceğini düşünmekteyim. Ancak unutulmaması gereken de konuyla ilgili çalışmak isteyen kişilerin önlerinde uzun bir sürecin bulunduğudur.

KAYNAKLAR

1- Ateş İ. Abay E. Alkol ve Madde Bağımlılığının Genetiği. Psikiyatri, Psikoloji, Psikofarmakoloji (3P) Dergisi, 2004; 12 (Ek 2): 11-20.

2- Yüncü A. Aydın C. Coşkunol H. Altıntoprak E, Bayram AT. Çocuk ve Ergenlere Yönelik Bir Bağımlılık Merkezine İki Yıl Süresince Başvuran Olguların Sosyodemografik Değerlendirilmesi. Bağımlılık Dergisi, 2006; 7(1): 31-7.

3- Ögel K, Çorapçioğlu A, Sır A, Tamar M, Tot Ş, Doğan O, Uğuz Ş, Yenilmez Ç, Bilici M, Tamar D, Liman O. Dokuz İlde İlk ve Ortaöğretim Öğrencilerinde Tütün, Alkol ve Madde Kullanım Yaygınlığı. Türk Psikiyatri Dergisi, 2004; 15(2): 112-8.

4- Arıkan Z, Genç Y, Etik Ç, Aslan S, Parlak İ. Alkol ve Diğer Madde Bağımlılıklarında Hastalar ve Yakınlarında Etiketleme. Bağımlılık Dergisi, 2004; 5(2): 3-7.

5- Alikashişoğlu M, Ercan O. Ergenlerde Madde Kullanımı. Türk Pediatri Arşivi, 2002; 37(2): 66-73.

6- Turla A, Aydın B, Karaarslan B, Kocakaya M. Samsun İl Merkezinde 2004 Yılında Uçucu Madde Kullanan Çocuklar. Adli Psikiyatri Dergisi, 2005; 2(4): 21-7.

7- Tokdemir M, Aksu A, Baransel A. Elazığ İlindeki Lise Öğrencilerinde Psikoaktif Madde Kullanımı. Fırat Tıp Dergisi, 2003; 8(1): 23-8.

8- What you need to know about starting a student drug-testing program. Office of The National Drug Control Policy Publishing, 1- 39.

9- Ögel K, Taner S, Yılmazçetin Eke C, Erol B. Madde Bağımlılığını Önlemede Öğretmen ve Ebeveyn Eğitimlerinin Etkinliğinin Değerlendirilmesi. Anadolu Psikiyatri Dergisi, 2004; 5(4): 213-21.

10- Balseven A, Özdemir Ç, Tuğ A, Hancı İH, Doğan YB. Madde Kullanımı, Bağımlılıktan Korunma ve Medya. Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, 2002; 11(3): 91-3.



VARLIK YÖNETİM ŞİRKETLERİNİN CEBRİ İCRA YETKİLERİNİN BANKACILIK KANUNU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ*

I- GİRİŞ

Bankacılık sektöründe yaşanan krizlerin en belirgin göstergelerinden birisi bankaların aktif kalitesindeki bozulmadır. Aktiflerdeki sorunlu varlıklar bankaların ödeme yeteneğini tehdit ettiği gibi, sermayenin aşınmasına ve banka karlılığı ile etkinliğinin de azalmasına neden olmaktadır. Bütün bu olumsuz sonuçlar, bankacılık sektöründe yaşanan krizlerde aktiflerdeki sorunlu varlıkların azaltılmasını zorunlu kılmaktadır¹. Gerçekten, bankacılık sektörünün yeniden yapılandırılması için alınan önlemler; mali, operasyonel ve yapısal olmak üzere üç bölümde toplanmaktadır; yapısal önlemler arasında ise, aktif yönetimi, borç yeniden yapılandırılması, özelleştirme ve kurumların yeniden yapılandırılması sayılmaktadır. Yapısal önlemler arasında yer alan "aktif yönetimi", mali kurumların iyi aktiflerinin kötü aktiflerden ayrılmasını ve kötü aktiflerin varlık yönetim şirketlerine devrini konu almaktadır².

Varlık yönetim şirketleri, bankaların sorunlu kredilerini devralmak ve onları tasfiye etmek amacıyla kurulmaktadır. Bu şirketler, ya bankacılık sektörünün sorunlu aktiflerini sürekli olarak devralma görevini üstlenmekte ya da kamu otoritesine devredilen bankaların sorunlu aktiflerini bir defaya mahsus tasfiye etmekle görevlendirilmektedirler³. Kötü aktiflerin yönetilmesi başarılı bir yeniden yapılandırma programının en önemli araçlarından. Varlık yönetim şirketleri de banka bilançolarında

(*) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Berk Mesutoğlu, Sorunlu Aktiflerin Varlık Yönetim Şirketlerince Tasfiyesi, Ülke Örnekleri, s. 1 vd. www.bddk.gov.tr

(2) Aydın A, Ataman P, İnan E, Tulay B., "Bankacılıkta Mali Bünye Sorunları ve Yeniden Yapılandırmada Ülke Uygulamaları", Bankacılar Dergisi 2000/1, s. 37 vd.

(3) Mesutoğlu, s. 3.

birikmiş sorunlu varlıkları satın alarak, bu varlıkların neden olabileceği riskleri üstlenmekte ve böylece, bankaların asıl faaliyet alanlarında yoğunlaşmalarını sağlamaktadırlar. Bu şirketler ayrıca, satın alınan tahsili geçmiş alacakların süresini uzatmak, faiz oranını değiştirmek ve yeniden kredilendirmek suretiyle reel sektöre verilen kredilerin devamlılığını sağlamaktadırlar⁴.

Türk hukukunda varlık yönetim şirketlerine ilişkin ilk düzenleme 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14/VI, c, 3 hükmünde yer almıştır. Sözü geçen hükümde her ne kadar açıkça varlık yönetim şirketi deyimi kullanılmamışsa da, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na ait alacakları takip ve tahsil etmek üzere sermayesinin tamamı Fon'a ait bir şirket kurulması öngörülmüştür⁵. Bir sonraki düzenleme 4743 Sayılı Kanun'la getirilmiştir. Nitekim, Türkiye'de 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz sonrasında "İstanbul Yaklaşımı" olarak da bilinen "Finansal Yeniden Yapılandırma Programı" oluşturulmuş ve bu programın hukuki alt yapısını teşkil eden 4743 sayılı Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da bazı vergi avantajları da getirilerek varlık yönetim şirketlerinin kurulması kabul edilmiştir⁶. 1 Ekim 2002 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik ise bu şirketlerin kuruluşuyla ilgili ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Son olarak, 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile 4743 Sayılı Kanun'daki hükümler kaldırılarak, Bankacılık Kanunu'nda varlık yönetim şirketlerinin hukuki yapısı ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir. Bu çalışmada, varlık yönetim şirketlerinin ortaklık yapısı kısaca anlatıldıktan sonra, sahip oldukları cebri icra yetkileri Bankacılık Kanunu hükümleri çerçevesinde incelenecektir.

II- VARLIK YÖNETİM ŞİRKETLERİNİN KURULMASINA DUYULAN İHTİYAÇ

Kriz dönemlerinde bankacılık sektörüne olan güvenin korunabilmesi bankaların mali yapılarının güçlü olmasına bağlıdır. Bankaların mali yapılarının sağlam olması ise sermaye yeterlilik oranlarının yüksek olmasını gerektirmektedir. Aksi takdirde, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde bankacılık sektöründe ciddi sorunlar yaşanabilmektedir. Varlık yönetim şirketlerine genelde bu gibi kriz dönemlerini takiben ihtiyaç duyulmuştur. Gerçekten, dünyada bu şirketlerin bankacılık sektöründe meydana gelen krizlerin etkisiyle ortaya çıkan sorunlu varlıkların hızlı şekilde tasfiye edilmesi amacıyla kuruldukları görülmektedir⁷. Örneğin 1980'li yıl-

(4) Ahmet Koray Tahtakılıç, *Bankacılık Krizlerinde Varlık Yönetim Şirketleri ve Türkiye Üzerinde Değerlendirmeler*, s.1, www.spk.gov.tr

(5) Gerekeçeli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, Bankalar Birliği Yayını, İstanbul 2006, s. 872.

(6) Ersin Özince, *Türk Bankacılık Sisteminde Kredi Riski ve Aktif Yönetim Şirketleri, Aktif Satışı ve Varlık Yönetim Şirketleri* Konferansı, İstanbul 2004.

(7) Tahtakılıç, s. 2. Varlık yönetim şirketlerinin başka ülkelerdeki uygulama örnekleri için bkz. Tahtakılıç, s. 10 vd.

lardan Amerika'da yaşanan bankacılık krizinde Federal Mevduat Sigortası Kuruluşu (FDIC) devraldığı bankaların sigorta kapsamındaki mevduatlarını ödemiş ve bu bankaların düşük kaliteli varlıklarının yönetimi ve tasfiyesini yürütmüştür. Bunun gibi, 1990'lı yılların sonunda uzak doğu ülkelerinde yaşanan mali krizi takiben de varlık yönetim şirketleri kurulmuştur. Uzakdoğu ülkelerinde varlık yönetim şirketlerine duyulan gereksinimin temelinde, bankaların portföy yönetim sorunlarının bertaraf edilerek, normal etkinliklerini sürdürmeleri ve kredi vermeye devam etmeleri düşüncesi bulunmaktadır⁸.

Dünyadaki süreç Türkiye'de de benzer şekilde yaşanmıştır. Türkiye'de 1994 yılında yaşanan mali kriz neticesinde, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu devraldığı bankaların sorunlu aktiflerini tasfiye etmek sorunuyla karşı karşıya kalınca, bu aktiflerin devri için bir şirket kurulması gündeme gelmiştir⁹. 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda bu amaçla sadece Fon alacaklarını devralmak üzere bir şirket kurulması öngörülmüş; 4743 Sayılı Kanun'da ise, varlık yönetim şirketlerinin bankalar, özel finans kurumları ve diğer mali kurumların alacak ve varlıklarını temellük etmelerine imkan tanınmıştır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda ise: **"...Bankalar ve Fon dahil diğer mali kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması amacıyla..."** bu şirketlerin kurulması öngörülmüştür¹⁰.

Varlık yönetim şirketlerine özellikle bankaların sermaye yeterlilik oranını sağlayamadıkları hallerde ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü, bankaların sermaye yeterlilik oranını sağlamakta zorlandığı hallerde varlık yönetim şirketleri devreye girmekte ve bankaların karşılık ayırarak zarar yazdıkları alacakları rayiç değerlerinden satın alarak, riski banka bilançosu dışına çıkarmaktadırlar. Böylece, bankalar sorunlu varlıkların tahsiliyle uğraşmak yerine asıl faaliyet alanlarına yönelmektedirler. Ayrıca, varlık yönetim şirketleri kamu bankalarının borçlarını üstlenmek suretiyle bu bankaların özelleştirilmesine katkı sağladıkları gibi¹¹, varlık tasfiyesinde ölçek ekonomisi sağlamak, bankaların acele satışlar nedeniyle zarar görmelerini önlemek ve borç geri ödeme disiplinini artırmak gibi katkılar da yapmaktadırlar¹². Bunlara ek olarak, takipteki banka kredilerinin varlık yönetim şirketlerine devriyle birlikte TMSF'nin iş yükünün azalacağı ve Kurumun tahsil yeteneğinin daha yüksek alacaklara yönelebileceği belirtilmektedir¹³. Ayrıca, bireysel ve kurumsal borçlulardan olan alacakların tahsili varlık yönetim şirketlerine bırakılarak, TMSF'nin hakim

(8) Mesutoğlu, s. 10 vd.

(9) Tahtakılıç, s. 10.

(10) Bankacılık Kanunu'nun 134. maddesine ait gerekçe (5411 sayılı Bankacılık Kanunu, Bankalar Birliği Yayını, İstanbul 2006, s. 353).

(11) Mesutoğlu, s. 10 vd.

(12) Mesutoğlu, s. 3.

(13) Gerekçeli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, s. 875.

ortaklardan olan alacakların tahsiline yoğunlaşma zorunluluğunun da bu şirketlerin kurulmasını gerekli kıldığı ileri sürülmektedir¹⁴.

III- VARLIK YÖNETİM ŞİRKETLERİNİN ORTAKLIK YAPISI

Varlık yönetim şirketlerinin bağlı oldukları hukuk kuralları 4389 sayılı Bankalar Kanunu'ndan bugüne kadar farklı şekilde oluşmuştur. Bu şirketlerin başlangıçta kamu hukuku kurallarına bağlı kamu tüzel kişileri (4389 sayılı Bank.Kan. m.14, c, III), daha sonra ise özel hukuk kurallarına bağlı özel hukuk tüzel kişileri olarak kurulması öngörülmüştür (5411 sayılı Bankacılık Kanunu. m.143). Bunun bir sonucu olarak, şirketlerin ortakları da farklılık arz etmiştir. Varlık yönetim şirketlerinin cebri icra yetkilerinden önce ortaklık yapılarına değinmekte yarar vardır. Böylece, adı geçen şirketlerin cebri icra yetkileri daha iyi ortaya konabilecektir.

A- Bankacılık Kanunu'ndan Önceki Dönem

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun elindeki alacakların tahsiline yardımcı olmak üzere bir şirket kurulması kabul edilmiştir¹⁵. Kanunda, bu şirketin sermayesinin tamamının Fon'a ait olması; şirketin, TMSF'nin cebri icraya ilişkin bütün hak, menfaat ve muafiyetlerinden yararlanması; kuruluş ve sermaye artırımı yönünden Türk Ticaret Kanunu ile Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'dan muaf tutulması ve kamu tüzel kişiliğini haiz olması öngörülmüştür (4389 sayılı Bank.Kan. m. 14, c, III). 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda TMSF dışındaki gerçek ve tüzel kişilerin varlık yönetim şirketi kurmalarına ise olanak tanınmamıştır.

Görüldüğü gibi, söz konusu şirket 6183 Sayılı Kanun hükümlerine dayanarak takip yapmak da dahil olmak üzere Fon'a tanınan bütün yetkilerle donatılmıştır. Bankalar Kanunu'ndaki düzenlemenin gereksinimlere ne kadar uygun olduğu kuşkuludur. TMSF elindeki sorunlu aktifleri Bankalar Kanunu'nun tanıdığı kapsamlı yetkileri kullanarak tahsil edebilecek iken, sermayesinin tamamı TMSF'ye ait olan ve sadece Fon alacaklarının tahsili için faaliyet gösterecek bir varlık yönetim şirketine gerek olup olmadığı tartışılabilir¹⁶. Nitekim, TMSF Bankalar Kanunu'nun tanıdığı yetkiyi kullanmamış ve sermayesinin tamamı kendisine ait bir varlık yönetim şirketi kurmaktan kaçınmıştır¹⁷.

(14) Gereğçeli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, s. 874- 875.

(15) Bu şirketin adı 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda açıkça varlık yönetim şirketi olarak anılmamaktadır (Bank.Kan.m.14, c, III).

(16) Bu düşünceğin Bankalar Kanunu Meclis Alt Komisyonu'nda da hakim olduğu ve sermayesinin tamamı Fon tarafından karşılanan varlık yönetim şirketi modelinin Kanundan çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Özellikle bkz. Gereğçeli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, s. 1093 vd.

(17) Gereğçeli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, s. 1093.

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nu takiben, 4743 sayılı Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da varlık yönetim şirketlerine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Kanunun üçüncü maddesinin yedinci fıkrasında: "Bankalar, özel finans kurumları ve diğer mali kurumların alacakları ve diğer varlıklarının satın alınması ve yeniden yapılandırılarak satılması amacıyla, kuruluş ve faaliyet esasları Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından belirlenecek varlık yönetim şirketlerinin" kurulması öngörülmüştür (4743 Sayılı Kanun.m.3/VII). 4743 Sayılı Kanun'daki bu düzenleme Türk hukukunda bir başka varlık yönetim şirketi modelinin kabulü anlamına gelmektedir. Zira, 4743 Sayılı Kanun'la, sermayesinin tamamı TMSF'ye ait olup kamu tüzel kişiliğini haiz şirketten başka varlık yönetim şirketlerinin de kurulması mümkün hale gelmiştir. Bu şirketler özel hukuk tüzel kişileridir. TMSF'nin sermaye payı azami bir miktarla sınırlandırılmış ve anılan şirketlere sermayenin %20'sini aşmamak kaydıyla ortak olabileceği kabul edilmiştir¹⁸.

Bunun yanında, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda düzenlenen varlık yönetim şirketi sadece Fon alacaklarının takip ve tahsili için kurulmuş iken, 4743 Sayılı Kanun'da düzenlenen şirketler bankalar, özel finans kurumları ve diğer mali kurumların alacaklarının satın alınması ve yeniden yapılandırılarak satılması amacıyla kurulmuştur. Diğer bir deyişle, 4743 Sayılı Kanun'da varlık yönetim şirketlerinin devralabileceği aktifler Fon alacaklarıyla sınırlandırılmamış ve mali kurumların alacaklarına da teşmil edilmiştir. Ayrıca, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda düzenlenen şirket 6183 Sayılı Kanuna göre takip yapma yetkisi de dahil olmak üzere Fon'un bütün yetkilerini haiz iken 4743 Sayılı Kanun'da düzenlenen varlık yönetim şirketlerine cebri icra yetkisi yönünden herhangi bir ayrıcalık tanınmamıştır¹⁹. Görüldüğü gibi, varlık yönetim şirketlerinin faaliyet alanları ve cebri icra yetkileri sahip oldukları ortaklık yapısına göre önemli ölçüde farklılık göstermiştir.

B- Bankacılık Kanunundaki Düzenleme

Bankalar Kanunu'nda değişiklik yapılması için yürütülen çalışmalarda varlık yönetim şirketlerinin durumu tekrar ele alınmış ve önceki Kanun'lardan farklı bir model benimsenmiştir. Esasen, Hükümet Tasarısı'nda 4389 sayılı Bankalar Kanunu ve 4743 Sayılı Kanun'da yer alan hükümlerin kısmen konsolide edilerek, mevcut şirketlerin tek bir hükümde

(18) Söz konusu Kanuna dayanılarak kurulan ve faaliyet gösteren şirket sayısının da son derece az olduğu ifade edilmektedir. Bankacılık Kanunu Tasarısı çalışmaları sırasında 4743 sayılı Kanuna göre kurulan şirket sayısı 2 olarak belirtilmiştir (Gerekçeli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, s. 110).

(19) Nitekim, TMSF'nin 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ettiği alacakları varlık yönetim şirketlerine devredemeyeceği; özel hukuk tüzel kişileri olan varlık yönetim şirketlerinin kamu alacaklarının takip ve tahsili için sevk edilmiş olan 6183 sayılı Kanun'dan yararlanamayacağı haklı olarak ileri sürülmüştür (İsmail Altay, Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluşu, İşleyişi, BDDK ile İlişkisi ve Bu Şirket Modelinin Sağladığı Avantajlar, Active Finans Dergisi, 2003 Temmuz Ağustos, s. 57).

yeniden düzenlenmesi öngörülmüştür²⁰. Tasarı'nın 145. maddesinin 1. fıkrasında: **“Fonun sahip olduğu varlıkların yönetimi veya alacaklarının tahsili hususunda Fona verilmiş olan görevleri; kuruluşu ve sermaye artırımını 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 29. maddesi ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 39. maddesi hükmünden muaf ve sermayesinin tamamına Fonun sahip olduğu bir anonim şirket aracılığıyla gerçekleştirilebilir. Şirket 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulaması ve bilgi isteme yetkisi dışında Fonun sahip olduğu tüm hak, menfaat, istisna ve muafiyetlerden aynı şekilde yararlanır”** denilmekle, Bankalar Kanunu'ndakine benzer bir hüküm getirilmekte (4389 sayılı Bank.Kan. m. 14, c.III); aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, 4743 Sayılı Kanunda düzenlenen varlık yönetim şirketine benzer bir model benimsenmekte idi. Fakat, bu hükümler aynen kanunlaşmamış ve 145. maddenin 1. ve 2. fıkraları Tasarı metninden çıkarılmıştır.

Tasarı'da yapılan bu değişiklik, sermayesinin tamamı Fona ait olan ve 6183 Sayılı Kanun'a göre takip yapma yetkisi de dahil olmak üzere Fon'un bütün haklarını kullanabilecek varlık yönetim şirketi modelinin Bankacılık Kanunu'nda düzenlenmemesi sonucunu doğurmuştur. Bu husus alt komisyon çalışmaları sırasında şu şekilde ifade edilmiştir: *“Burada iki grup şirket var. Birisi fonun tamamen kendi bünyesinde kuracağı bir şirket; ikinci, bir varlık yönetim şirketine ortak olma. Buradaki ortaklık sınırı belirlenebilir; ama fonun kendi bünyesinde kuracağı şirket tamamen kendi şirketi, kendi iştiraki olacaktır”*²¹. İşte komisyon çalışmalarında sözü edilen ve sermayesinin tamamı Fon'a ait olan varlık yönetim şirketi modeli daha sonra Tasarı'dan çıkarılmıştır²².

Sonuç olarak, Bankacılık Kanunu'nda 4743 Sayılı Kanun'daki düzenlemeye benzer bir model kabul edilmiş olup, bugün, Fon'un ortak²³ ol-

(20) Gerekçeli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, s. 353.

(21) Gerekçeli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, s. 875.

(22) Tasarının bu madde ile ilgili gerekçesinde : *“Bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununda yer alan hükümler ile 4743 sayılı Kanun kapsamında aktif yönetim şirketinin düzenlendiği hükümler kısmen konsolide edilerek, Fonun hisselerinin tamamına sahip olduğu veya hissedar olabileceği iki ayrı yapıda varlık yönetim şirketi kurulması hükme bağlanmıştır”* denilmektedir (Bank.Kan.Tasarısı.m.145). Halbuki, sermayesinin tamamı Fon'a ait şirket kurulmasına imkan veren birinci fıkra Tasarı'dan çıkarılmıştır. Ancak, madde gerekçesi bu değişikliğe uygun hale getirilmemiştir. Madde gerekçesindeki çelişki bununla sınırlı değildir. Sermayesinin tamamı Fon'a ait şirket kurulmasını düzenleyen ilk fıkra Tasarı'dan çıkarılırken, üçüncü fıkra da bu değişikliğe uygun şekilde getirilmemiştir. Onun için madde metni; *“Bankalar ve Fon dâhil diğer mali kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması amacıyla, kuruluş ve faaliyet esasları Kurul tarafından belirlenen varlık yönetim şirketleri de kurulabilir”* şeklinde kalmıştır. Halbuki, üçüncü fıkradaki *“de”* eki, sermayesinin tamamı Fon'a ait şirket yanında, Fon'un hissedar olduğu varlık yönetim şirketlerinin de kurulabileceğini belirtmek için konulmuştu. Tasarı'dan birinci fıkra çıkarıldığı için *“de”* ekinin Kanunda kalmasının bir anlamı kalmamıştır.

(23) Fon, varlık yönetim şirketinde kurucu ortak olabileceği gibi, sermaye koymak suretiyle sonradan da ortak olabilir (Bank.Kan.m.143).

duğu veya hiçbir ortaklık ilişkisinin bulunmadığı varlık yönetim şirketleri kurulabilecektir²⁴. Kabul edilen model, Fon dışındaki kişilerin de varlık yönetim şirketi kurmalarına veya hissedar olmalarına imkan tanımaktadır. Kanun koyucu, sermayesinin tamamı Fon'a ait varlık yönetim şirketini Tasarı'dan çıkarmakla birlikte, TMSF'nin elindeki sorunlu aktiflerin varlık yönetim şirketlerine devrini sağlayabilmek için "Fon alacaklarını da" bu hükmün kapsamına dahil etmiştir²⁵. Bankacılık Kanunu'nda öngörülen model, Fon'un sahip olabileceği sermaye oranı yönünden de 4743 Sayılı Kanun'dan ayrılmaktadır. 4743 Sayılı Kanun'da Fon'un varlık yönetim şirketine en fazla %20 oranında sermaye koyabileceği kabul edildiği halde, Bankacılık Kanunu'nda azami bir sınır konulmaktan kaçınılmış; hatta, Fon'un asgari %20 hissedar olduğu varlık yönetim şirketlerine bazı ayrıcalıklar tanınmıştır²⁶.

IV- VARLIK YÖNETİM ŞİRKETLERİNİN BANKACILIK KANUNU ÇERÇEVESİNDE İCRA YETKİLERİ

A- Bankacılık Kanunu'nun Kabulünden Önce Kurulan Varlık Yönetim Şirketlerinin Cebri İcra Yetkileri

1- Genel Olarak

5411 sayılı Bankacılık Kanunu yürürlüğe girmeden önce bazı varlık yönetim şirketleri kurulmuş ve faaliyete geçmişlerdir. Burada Bankacılık Kanunu'nun kabulünün, önceden kurulan şirketlerin cebri icra yetkileri üzerinde ne gibi etkileri olacağı sorulabilir. Bu soruya Bankacılık Kanunu'nun 143. maddesinin son fıkrasında şu şekilde cevap verilmiştir: "Bu Kanunun yayımı tarihinden önce kurulmuş olan varlık yönetim şirketleri bu Kanun hükümlerine tabi olarak faaliyetlerini yürütürler" (Bank.Kan. m. 143/son). Kanun koyucu anılan hükümle 5411 Sayılı Kanun'dan önce kurulan bütün varlık yönetim şirketlerinin Bankacılık Kanunu'na tabi olacaklarını belirtmişse de, sözü geçen hükmün doğuracağı sonuçlar 4389 sayılı Bankalar Kanunu ve 4743 Sayılı Kanun bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

(24) Bank.Kan.m.143'de düzenlenen varlık yönetim şirketlerinin kuruluş ve faaliyet esaslarının Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından belirleneceği kabul edilmiş (Bank.Kan.m.143/1); akabinde, Kurul Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmeliği çıkarmıştır. RG., 01.11.2006 tarih ve Sa. 26333, s. 124.

(25) Bankacılık Kanunu'nun 143. maddesindeki düzenleme bu açıdan 4743 sayılı Kanun'ndan farklıdır. 4743 sayılı Kanun'da "Bankalar, özel finans kurumları ve diğer mali kurumlar"ın alacaklarının devri öngörülmüş iken (4743 sayılı Kanun.m. m.3/VII), Bankacılık Kanunu'nda bu tanımın içine "Fon alacakları" da dahil edilmiştir. Böylece, Fon'un sorunlu aktiflerinin de kurulacak aktif yönetim şirketlerine devri kabul edilmiştir.

(26) Bu konudaki geniş açıklama için bkz. ilerde IV, B, 3, a.

2- 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda Kurulması Öngörülen Varlık Yönetim Şirketi Yönünden

Yukarıda belirtildiği gibi, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na sermayesinin tamamı kendisine ait bir şirket kurma yetkisi verilmiş ve bu şirketin 6183 Sayılı Kanun hükümlerine dayanarak takip yapmak da dahil olmak üzere TMSF'nin cebri icra konusundaki bütün yetkilerini kullanabileceği kabul edilmiştir (4389 sayılı Bank.Kan. m. 14,c,III). 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda ise varlık yönetim şirketlerine bu tür geniş yetkiler tanınmaktan kaçınılmıştır. Her iki Kanun'un meseleye bakış açısındaki bu farkın, 4389 Sayılı Kanun zamanında TMSF tarafından kurulan ve bundan böyle 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na tabi kılınan varlık yönetim şirketinin aleyhine olacağı; sözü geçen şirketin cebri icra konusundaki geniş yetkilerini yitireceği ve diğer varlık yönetim şirketleriyle aynı hükümlere tabi olacağı düşünülebilir. Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun kendisine tanıdığı yetkiyi kullanarak varlık yönetim şirketi kurmadığı için²⁷, Bankacılık Kanunu m.143/son hükmünün pratik bir değeri yoktur. Bir diğer deyişle, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na göre varlık yönetim şirketi kurulmadığı için, Bankacılık Kanunu m.143/son hükmü sadece 4743 Sayılı Kanun'a göre kurulmuş varlık yönetim şirketleri için uygulama alanı bulabilecektir.

3- 4743 Sayılı Kanuna Göre Kurulan Varlık Yönetim Şirketleri Yönünden

4743 Sayılı Kanun'da varlık yönetim şirketleriyle ilgili bir düzenleme yapılmış ve TMSF dışındaki kişilerin varlık yönetim şirketi kurmalarına olanak tanınmıştır. Ancak, bu şirketlere cebri icra konusunda herhangi bir ayrıcalık tanınmamıştır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 4743 Sayılı Kanun'a göre kurulmuş şirketlerin cebri icra yetkileri üzerinde ne gibi etkileri olacağı, TMSF'nin varlık yönetim şirketinde hissedar olup olmadığına göre değişecektir. Çünkü, kanun koyucu varlık yönetim şirketlerinin Bankacılık Kanunu'ndaki ayrıcalıklardan yararlanmaları için TMSF'nin bu şirketlere asgari %20 oranında ortak olmasını şart koşmuştur (Bank.Kan. m. 143/III). Bu bağlamda, TMSF'nin %20'den daha az oranda hissedar olduğu varlık yönetim şirketleri Bankacılık Kanunu'ndaki muafiyetlerden yararlanamayacak ve temellük ettikleri alacakların takip ve tahsilinde önceden olduğu gibi tamamen İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine tabi olacaklardır.

Fon'un asgari %20 oranında hissedar olduğu şirketlerin durumu ise farklıdır. Bu şirketler, daha önce başlattıkları veya bundan böyle başlatacakları takiplerde Bank.Kan. m. 143/III'ün atfıyla Bank.Kan. m. 132/VIII ve m. 138/V hükümlerine müracaat edebileceklerdir. Anılan

(27) Gerekeçeli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, s. 872.

hükümlerden Bank.Kan. m. 132/VIII'de aynı Kanununun 107. maddesi uyarınca bir bankanın alacaklarının devralınması halinde bu alacakların devir tarihi itibarıyla Fon alacağı haline geleceği ve o alacaklarla ilgili olarak borçlu aleyhine İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre başlatılmış takipler ile alacağın tahsiline yönelik davalara kalınan yerden devam edileceği belirtilmektedir. Bank.Kan. m. 143/III hükmünün, Kanununun 132. maddesinin sekizinci fıkrasına yaptığı atıf, varlık yönetim şirketlerine ilave hiçbir olanak getirmemektedir. Çünkü, varlık yönetim şirketleri TMSF veya diğer mali kurumlardan alacak temellük etmekle zaten bu alacakları takip ve tahsil yetkisini kazanacaklar (BK.m.162 vd.) ve derdest icra takiplerine kalınan yerden devam edebileceklerdir.

4743 Sayılı Kanuna göre kurulan ve TMSF'nin %20 oranında hissedar olduğu şirketlere tanınan ikinci olanak tebligat konusundadır. Bilindiği gibi, İcra ve İflâs Kanunu'nda satış ilanının borçluya, alacaklıya ve tapu sicilinde kayıtlı ilgililere tapuda kayıtlı adreslerine, bu adresler bulunmadığı takdirde ise ilan tebliğ edileceği öngörülmekte (İİK m.127); kıymet takdirine ilişkin raporun da ilgililerin tapudaki adreslerine tebliğ edileceği belirtilmektedir (İİK m.128a). Bankacılık Kanunu'nda ise, varlık yönetim şirketlerinin mahcuz malların satışında, satışa konu malların kıymet takdirleri ile satış ilânlarını borçlular dışındaki ilgililere bilinen son adreslerine yapılacak tebligatla, aksi takdirde ilan tebliğ ettirecekleri kabul edilmiştir (Bank.Kan. m. 138/V). Bank.Kan. m. 138/V'deki düzenlemeden sadece TMSF'nin asgari %20 ortak olduğu varlık yönetim şirketlerinin yararlanabilecek olması, kanun koyucunun sözü geçen şirketlere tebligat konusunda bir ayrıcalık tanımak istediğine işaret etmektedir. Ancak, bu hüküm İcra ve İflâs Kanunu'ndaki düzenlemeyle karşılaştırıldığında varlık yönetim şirketlerine tebligat konusunda bir ayrıcalık tanındığını söylemek güçtür. İcra ve İflâs Kanunu'nda satış ilanının tapu sicilinde kayıtlı ilgililere tebliğ edilebilmesi için ilgililerin tapuda adreslerinin bulunması gerekir. İlgili tapuda kayıtlı değilse, adres araştırması yapılmaz ve gazetede satış ilanı ilgililere tebligat yerine geçer²⁸. Bankacılık Kanunu'nda ise ilgililerin adresleri bilinmediği takdirde, kıymet takdir raporları ile satış ilânlarının ilan tebliğ edileceği kabul edildiği için (Bank.Kan. m. 138/V), gazetede satış ilanının tebligat yerine geçtiğini ileri sürmek imkanı kalmamıştır. Görüldüğü gibi, Bankacılık Kanunu'nda varlık yönetim şirketlerine kıymet takdiri raporları ile satış ilânlarının tebliği hususunda bir avantaj tanımak istenirken, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki düzenlemeye göre daha dezavantajlı bir durum ortaya çıkmış ve ek tebligat yükümlülüğü getirilmiştir²⁹.

(28) Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku, C. II, İstanbul 1990, s. 1273 vd.*; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000, s. 315*; Hakan Pekcantez/ Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin Özkan/ Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2006, s. 246*.

(29) Yaşar Altı, *Bankalar Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s. 1164*.

B- Bankacılık Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Kurulan Varlık Yönetim Şirketlerinin Cebri İcra Yetkileri**1- Genel Olarak**

Bankacılık Kanunu yürürlüğe girdikten sonra kurulan varlık yönetim şirketleri gerek mali kuruluşlardan gerekse Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'ndan, bu kurumların takip etmek istemedikleri sorunlu aktifleri devralabilirler. Bankacılık Kanunu, varlık yönetim şirketlerinin "bankalardan ve diğer mali kuruluşlardan" temellük ettikleri alacakların takip ve tahsiliyle ilgili özel bir düzenleme sevk etmezken, alacağın "TMSF'den" satın alınması olasılığını açıkça düzenlemiştir. Kanununun 143. maddesinin üçüncü fıkrasında, Fon'un asgari %20 oranında hissedar olduğu şirketlerin, Fondan devraldıkları alacaklarla ilgili olarak Bankacılık Kanunu'nun 132. maddesinin sekizinci fıkrası ve 138. maddesinin beşinci fıkrasında Fon'a tanınan hak ve yetkileri kullanacakları belirtilmiştir³⁰. Buna göre, Bank.Kan. m. 132/VIII ve m.138/V hükümlerinden yararlanabilecek varlık yönetim şirketleri iki açıdan sınırlandırılmıştır. Bunlardan ilki, varlık yönetim şirketinin hissedar yapısıdır. Kanunda bu konuda asgari bir miktar belirlenmiş ve Fon'un %20 ve daha fazla oranda hissedar olduğu şirketlerin sözü geçen hükümlerden yararlanabilecekleri kabul edilmiştir. İkinci olarak, temellük edilen alacak bakımından da sınırlama yapılmış ve sadece Fon'dan devralınan alacakların tahsili için anılan hükümlerden yararlanılabileceği belirtilmiştir.

Bankacılık Kanunu'na göre kurulan varlık yönetim şirketlerinin cebri icra yetkileri incelenirken değişik olasılıkların göz önünde bulundurulması zorunludur. Gerçekten, temellük edilen alacak ilk defa icra takibine konu olacaksa şirketin bu takipteki yetkilerinin ne olacağı akla gelecek ilk sorudur. Temellük edilen alacak daha önce icra takibine konu olduğu takdirde ise, varlık yönetim şirketlerinin derdest takibe devam edip edemeyecekleri sorusu gündeme gelecek; bu soruyu ise, derdest takibin İcra ve İflâs Kanunu'na mı yoksa 6183 Sayılı Kanuna göre mi başlatıldığı sorusu takip edecektir. İşte bütün bu olasılıklar aşağıda ayrı ayrı incelenecektir.

2- Varlık Yönetim Şirketince Devralınan Alacak İlk Defa İcra Takibine Konu Olacaksa

Bankacılık Kanunu'nda varlık yönetim şirketlerinin temellük ettikleri alacakları tahsil etmek için hangi Kanun'a göre takip başlatacakları belirtilmemiştir. Bununla birlikte, bankaların ve diğer mali kurumların özel hukuktan doğan alacaklarını devralan varlık yönetim şirketlerinin İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine müracaat etmeleri gerektiği açıktır. Kanunda, bankalar ve diğer mali kurumlardan devralınan alacakların icra yoluyla

(30) Varlık yönetim şirketlerine tanınan bu imtiyazlar basit hususlarla ilgili olup, Tasarı'da tanınan yetkiler göre çok kısıtlıdır (Ahmet Battal, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006, s. 404).

takibinde varlık yönetim şirketlerine herhangi bir ayrıcalık da tanınmamıştır. Dolayısıyla, mezkur alacakların cebri icra yoluyla tahsili herhangi bir özellik arz etmemektedir.

Varlık yönetim şirketlerinin alacağı TMSF'den temellük etmeleri halinde, hangi Kanun hükümlerine göre takip başlatacakları akla gelebilecek bir başka sorudur. Bu soruya cevap verebilmek için, kanun koyucunun varlık yönetim şirketlerinin cebri icra yetkilerine olan yaklaşımını incelemekte fayda vardır. 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda, TMSF'nin kuracağı varlık yönetim şirketine hem 6183 Sayılı Kanun'a göre takip yapma hem de Fon'un cebri icrayla ilgili diğer yetkilerini kullanma imkanı verilmiştir. Varlık yönetim şirketine böylesine olağanüstü yetkiler tanınmasının temelinde şirket sermayesinin tamamının Fon'a ait olması ve şirketin, Fon gibi kamu tüzel kişiliğine sahip bulunması vardır. 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda 6183 Sayılı Kanuna göre takip yapma yetkisi kamu tüzel kişiliğini haiz TMSF'ye ve onun kuracağı şirkete tanınmıştır. Buna mukabil, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda, Fon alacaklarının takip ve tahsili için sevk edilen istisnalar ve kapsamlı yetkiler sadece TMSF'ye tanınmış; Fon'un %20 oranında hissedar olduğu varlık yönetim şirketleri ile Fon'un hiçbir ortaklığının bulunmadığı şirketlere ise bu yetkiler verilmemiştir. Kanun koyucu böylece, salt Fon alacağına sahip olunmasını Bankacılık Kanunu'ndaki cebri icraya ilişkin özel yetkilerin kullanılmasına için yeterli görmemiş ve bu yetkileri sadece kamu tüzel kişiliğini haiz TMSF'ye tanımıştır. Halbuki, varlık yönetim şirketleri özel hukuk tüzel kişileridir. Buna ilaveten, Bankacılık Kanununda fon alacaklarının amme alacağı olduğunu belirten sarih bir hüküm olmadığı gibi, varlık yönetim şirketlerine 6183 Sayılı Kanun'a göre takip yapma yetkisi veren açık bir düzenleme de bulunmadığı için anılan şirketlerin 6183 Sayılı Kanuna göre takip yapma yetkisinin bulunmadığı söylenebilecektir. Buna göre, varlık yönetim şirketlerinin alacağı TMSF'den temellük etmeleri halinde İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre takip başlatmaları gerekecektir. Mezkur takiplerde, Fon'un asgari %20 hissedar olduğu şirketler Bankacılık Kanunu'nun tebligata ilişkin hükmüne başvurabilecekler (Bank.Kan. m. 138/V); bunun dışında, fon alacağının temellük edilmesi varlık yönetim şirketine ek bir yetki sağlamayacaktır³¹.

(31) Fon'un takip etmek istemediği alacakları tahsil etmek için kurulan varlık yönetim şirketlerine TMSF'nin sahip olduğu yetkilerin bir bölümünün tanınması yerinde olmuştur. Kanunun gerekçesinde de "Fonun sermaye sağlamak suretiyle hissedar olarak katılabileceği şirkete de birtakım istisna ve muafiyetler tanınarak, alacakların takip ve tahsilinin kolaylaştırılması amaçlandı" belirtilmektedir (Gerekçe.m.145). Ancak, varlık yönetim şirketlerinin salt Fon'un elindeki sorunlu alacakları satın aldığı için, bir kamu tüzel kişisi olan Fon ile aynı yetkilere sahip olması ve Fona tanınan istisnaların tamamından yararlanması uygun değildir. Bu nedenle, varlık yönetim şirketlerine tanınan istisnaların Fon'un en az %20 oranında ortak olması kaydına bağlanması isabetli olmuştur (Hakan Pekcanitez/ Güray Erdönmez, Bankacılık Kanunu'nun İcra ve İflâs Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Bankacılar Dergisi, 2006 Aralık, s. 42).

3- Varlık Yönetim Şirketince Devralınan Alacak Daha Önce İcra Takibine Konu Olmuşsa

Varlık yönetim şirketlerinin “bankalardan ve diğer mali kurumlardan” devraldıkları alacaklar daha önce icra takibine konu olmuşsa, şirketler derdest takipleri alacağı temellük ettikleri tarihten itibaren devam ettireceklerdir. Burada, özel hukuk tüzel kişilerinin özel hukuktan kaynaklanan alacağı bir başka özel hukuk tüzel kişisi tarafından devralınmaktadır. Onun için, alacağı temellük eden varlık yönetim şirketlerinin İcra ve İflâs Kanunu’na göre başlatılan takipleri aynı hükümlere dayanarak devam ettirecekleri açıktır.

Varlık yönetim şirketleri sorunlu alacakları bankalar ve diğer mali kurumlardan devralabilecekleri gibi, TMSF’den de temellük edebilirler. TMSF, sahip olduğu alacağı icra takibine geçtikten sonra temlik etmişse, varlık yönetim şirketlerinin sözü geçen takipteki yetkilerinin ne olacağı sorulabilir. Bankacılık Kanunu’nda bu soruna kısmen açıklık getirilmiş ve Fonun en az %20 hissedar olduğu varlık yönetim şirketlerinin TMSF’den devraldığı alacaklar hakkında daha önce İcra ve İflâs Kanunu’na göre başlatılan takiplerdeki yetkisi düzenlenmiştir (Bank.Kan. m. 143 atfıyla, m.132). Nitekim, Bank.Kan. m. 132/ VIII’de: “Bu Kanunun 107 nci maddesi uyarınca bir bankanın alacaklarının devralınması hâlinde bu alacaklar, devir tarihi itibarıyla Fon alacağı haline gelir ve bu alacaklarla ilgili olarak borçlu aleyhine 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre başlatılmış bulunan takipler ile alacağın tahsiline yönelik davalara kaldığı yerden devam edilir” denilmekte, mezkur şirketlerin 6183 Sayılı Kanuna göre başlatılan takiplere devam edip edemeyecekleri sorusu ise yanıtız bırakılmaktadır. Bankacılık Kanunu’nda TMSF’nin hissedar olmadığı varlık yönetim şirketlerinin derdest takiplerdeki cebri icra yetkisi de düzenlenmemektedir. Bu çerçevede, TMSF’den alacak temellük eden varlık yönetim şirketlerinin derdest takiplerdeki yetkilerinin ne olacağı çeşitli olasılıklara göre incelenecektir.

a) TMSF’nin Varlık Yönetim Şirketine Asgari % 20 Oranında His-sedar Olması

TMSF bazı fon alacaklarının tahsili için 6183 Sayılı Kanuna göre icra takibi yapabilirken (Bank.Kan. m. 132/I), diğer alacakların da bu olanaktan mahrumdur. Onun için, varlık yönetim şirketlerinin yetkileri, takibin İcra ve İflâs Kanunu ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’dan hangisine göre başlatıldığı dikkate alınarak ayrı ayrı ele alınacaktır.

aa) Temellük Edilen Alacağın Tahsili İçin TMSF İcra ve İflâs Ka-nunu Hükümlerine Göre Takip Başlatmışsa

TMSF elindeki alacakların tahsili için İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre takip başlattıktan sonra, takibe konu alacağı varlık yönetim şirketlerine devretmeyi gerekli görebilir. Bu durumda, derdest takiplerin

akıbetinin ne olacağı Bankacılık Kanunu'nun 143/III hükmünün atfıyla 132. maddenin sekizinci fıkrasında gösterilmiş ve varlık yönetim şirketlerinin İcra ve İflâs Kanunu'na göre başlatılan takiplere kalınan yerden devam edebilecekleri ifade edilmiştir. Bu hükmün Kanuna konulmasının gerekli olup olmadığı tartışılabilir³². Zira, dava hakkı maddi hukuktan kaynaklanan haktan bağımsız olmadığı için, hakkın devriyle birlikte dava açma ve takip yapma hakkı yetkisi kendiliğinden devralana geçer³³. Varlık yönetim şirketlerinin de TMSF'den devraldıkları alacakların tahsili için derdest takiplere kalınan yerden devam edebilecekleri açık olduğuna göre, bu konuda yasal düzenlemeye gerek olmadığı söylenebilecektir.

Ancak, Bankalar Kanununun 132. maddesinin 8. fıkrasına yapılan atfın farklı şekilde yorumlandığı da görülmektedir. Doktrindeki bir yazar, Fon alacaklarını temellük eden varlık yönetim şirketlerinin İcra ve İflâs Kanunu'na göre başlatılan takiplere alacağın temlik hükmüleri gereğince (BK m.162 vd.) devam edebileceklerinin açık olduğunu; adı geçen hükmün Fon'un asgari %20 hissedar olduğu varlık yönetim şirketlerinin Bankacılık Kanunu'nun 136, geçici 11 ve 12. maddelerinden yararlanabilecekleri şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir³⁴. Bu görüş kabul edildiği takdirde, Fon'un asgari %20 hissedarı olduğu varlık yönetim şirketlerinin 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda TMSF'ye tanınan cebri icra yetkilerini kullanabilecekleri sonucuna ulaşılabilecektir (Bank.Kan. geçici m.11/1,3). Halbuki, yukarıda ayrıntılı şekilde izah edildiği gibi, Bankacılık Kanunu hazırlık çalışmalarında kanun koyucunun iradesi hiçbir zaman varlık yönetim şirketlerine TMSF ile aynı hak ve yetkileri tanımamak olmamıştır. Kanun Tasarısı'nda sadece, sermayesinin tamamı Fon'a ait olup kamu tüzel kişiliğini haiz varlık yönetim şirketine TMSF'nin yetkileri tanınmış; TMSF'nin hissedar olduğu şirketlere ise bu yetkiler verilmemiştir. Tasarı kanunlaştığında da, Fon'un hissedar olduğu şirketlerin 6183 Sayılı Kanun'a müracaat etmelerini sağlayacak hükümlere atıf yapmaktan özenle kaçınılmıştır. Kanun koyucunun iradesi savunulduğu gibi olsa idi, böyle dolaylı bir yol izlemek yerine 6183 Sayılı Kanuna göre takip yapma yetkisi veren hükme (Bank.Kan. m. 132/I) atıf yapmakla yetineceği düşünülmektedir. Meclis alt komisyon tutanakları da görüşümüzü desteklemektedir. Sözü geçen tutanakların incelenmesinden, Bankalar Kanununun 132. maddesinin 8. fıkrasına varlık yönetim şirketlerinin derdest icra takiplerine devam edebileceklerini vurgula-

(32) Varlık yönetim şirketlerini düzenleyen Bank.Kan.m.143'de atf yapılan Bank.Kan.m.132/VIII hükmü 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'yla getirilmiştir. Bundan önce TMSF'nin İcra ve İflâs Kanunu'na göre başlattığı takiplere 6183 sayılı Kanuna göre devam edebileceği kabul edilmekteydi (4389 sayılı Bank.Kan.m.15/1).

(33) Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, İstanbul 2001, s. 872; Hakan Pekcanutez/Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s. 282.*

(34) Alıcı, s. 1190.

mak için atf yapıldığı anlaşılmaktadır³⁵. Bu nedenlerle, yukarıda belirtilen görüşün aksine, Bank.Kan. m. 132 hükmüne yapılan atıftan hareketle, TMSF'nin asgari %20 hissedarı olduğu şirketlerin 6183 Sayılı Kanuna göre takip yapabilecekleri sonucuna ulaşamayacağı söylenebilecektir.

bb) Temellük Edilen Alacağın Tahsili İçin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu 6183 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Takip Başlatmışsa

TMSF'nin hangi hallerde 6183 Sayılı Kanun hükümlerine göre takip yapabileceği Bankalar Kanunu'nun 132. maddesinin birinci fıkrasında belirtilmiştir. Burada, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Bankacılık Kanunu'nun kendisine verdiği yetkiye istinaden 6183 Sayılı Kanun'a göre takip başlattıktan sonra takibe konu alacağı hissedarı olduğu bir varlık yönetim şirketine devrederse, bu şirketin Fon'un başlattığı takibe yine 6183 Sayılı Kanun hükümlerine göre devam edip edemeyeceği sorusu akla gelebilir. Bankacılık Kanunu'nun 132. maddesinin sekizinci fıkrasında sadece, varlık yönetim şirketlerinin "İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre" başlatılan takiplere kalınan yerden devam edecekleri belirtilmiştir. Varlık yönetim şirketlerinin 6183 Sayılı Kanuna göre başlatılmış takiplere devam edip edemeyecekleri sorusu ise Bankacılık Kanununda cevapsız bırakılmıştır. Bilindiği gibi, 4389 sayılı Bankalar Kanunu ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu fon alacaklarının hukuki niteliğiyle ilgili farklı düzenlemeler içermektedir. O nedenle, fon alacaklarını temellük eden varlık yönetim şirketlerinin 6183 Sayılı Kanuna göre başlatılan takiplere kalınan yerden devam edip edemeyecekleri sorusuna cevap aranırken, takibin hangi Kanun zamanında başlatıldığına dikkate alınması gerekir.

aaa) TMSF'nin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu Yürürlüğe Girdikten Sonra 6183 Sayılı Kanuna Göre Başlattığı Takipler Yönünden

Varlık yönetim şirketlerinin, Bankacılık Kanunu yürürlüğe girdikten sonra 6183 Sayılı Kanun'a göre başlatılan takiplere devam edip edemeyecekleri hususunda bir görüş bildirebilmek için, öncelikle fon alacaklarının nelerden ibaret olduğuna ve TMSF'nin hangi hallerde 6183 Sayılı Kanuna müracaat etme yetkisinin bulunduğuna değinmekte yarar vardır. Doktrinde, hangi alacakların Fon alacağı olduğu şu şekilde belirtilmektedir: "...Fon'un kanuni kaynaklardan doğan alacakları, Fon'un her türlü kaynaktan doğan alacakları, Fona intikal eden bankanın hakim ortaklarından, bunların şirketlerinden ve şirketlerinin iştiraklerinden doğan alacaklar, banka yöneticileri ve bunlar yakınlarından olan alacaklar, dolanlı işlemlerden doğan alacaklar, Fon tarafından devralınan alacaklardır"³⁶. TMSF'nin Fon alacaklarından hangilerini 6183 Sayılı Kanun hü-

(35) Komisyon çalışmaları sırasında dile getirilen şu beyan durumu gayet iyi açıklamaktadır : "... 134. maddede (Kanun'da 132. madde) yetki alacakların devri halinde takibe devam yetkisidir... hani, Fon bazı yetkilerini bunlara devrediyor; hayır, bu işin yürümesi için zorunlu olan yetki devirleridir" (Gerekçeli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, s. 1096).

(36) Ünal Tekinalp, *Fondaki Bankanın Hukuku*, İstanbul 2003, s. 54-58.

kümülerine göre takip ve tahsil edebileceği ise Bank.Kan. m. 132/I'de gösterilmiştir. Buna göre Fon, Bankacılık Kanunu'nun 130. maddesinde öngörülen gelirlerinden kaynaklanan alacaklar, Bankalar Kanunu'nun 108. maddesinde düzenlenen ve bir bankanın kaynaklarının istismarından kaynaklanan zararların tazminiyle ilgili alacaklar ile sigortaya tabi mevduat ve katılım fonu tutarlarının eksik beyanı sebebiyle oluşan alacakların takip ve tahsilinde AATUHK'ya başvurabilecektir (Bank.Kan. m. 132/1)³⁷.

Kanun koyucu, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'ndan farklı olarak fon alacaklarını amme alacağı olarak nitelemekten kaçınmıştır. Doktrinde, Bank.Kan. m. 108'de belirtilen alacaklarla ilgili olarak şu düşünceye yer verilmektedir: "Bankanın faaliyeti izninin kaldırılması halinde, Fon alacağı haline gelen kullanılan kaynaklar ve uğranılan zararlar **-Fonun Kanundan ötürü bu alacaklara sahip olması, alacağı kamu alacağı haline getirmediği halde-** 6183 sayılı Yasa hükümlerine göre takip ve tahsil edebilecektir"³⁸. Gerçekten, Bank.Kan. m. 108'de: "Bankanın faaliyet izninin kaldırılması hâlinde Fon tarafından verilecek süre içerisinde iade ve tazmin edilemeyen tutarlar **Fon alacağı haline gelir ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilir**" denilmek suretiyle, Fon'un devraldığı özel hukuk alacaklarını kamu alacağına dönüştürmek değil, bu alacakların tahsilini hızlandırmak ve kolaylaştırmak istenmiştir. Aynı şekilde, Bankacılık Kanunu'nun 130. maddesinde belirtilen gelirlerden kaynaklanan alacaklar ile sigortaya tabi mevduat ve katılım fonu tutarlarının eksik beyanı sebebiyle oluşan alacakların takip ve tahsilinde TMSF'ye 6183 Sayılı Kanun'a başvuru imkanı verilmesinin sebebinin de Fon alacaklarının bir an önce ve kolay şekilde tahsili olduğu düşünülmektedir³⁹. Bank.Kan. m. 134'ün gerekçesi de bu düşünceyi desteklemektedir. Hükümet Gerekçesi şöyledir: "Fona, Fon gelirlerinin tahsilinde, banka kaynaklarının istismarı sebebiyle faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankaların hâkim ortakları ve yöneticileri hakkında yapacağı takiplerde ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu ile bu Kanun uyarınca banka tarafından yetkili mercilere beyan edilen sigortaya tâbi mevduat ve katılım fonu tutarı ile Fon tarafından tespit edilen mevduat ve katılım fonu tutarı arasında bir fark bulunması halinde **bu farkın tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uya-**

(37) Ünal Tekinalp/Gülören Tekinalp, *Bankalar ve Finansal Kurumlar Mevzuatı İle 5411 sayılı Bankacılık Kanununun Açıklamaları ve Dogmatik Mimarisi*, İstanbul 2006, s. 60.

(38) Seza Reisoğlu, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Ankara 2007, s. 1350.

(39) 4389 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu sıralarda doktrinde, *Bankalar Kanunu'nda "hiçbir şekilde kamusal niteliği bulunmayan bazı alacakların 6183 sayılı Kanun kapsamına alındığı" ileri sürülmüştür* (Ünal Tekinalp, *Bankanın Fona Devredilmesi Sisteminin Eleştirilmesi ve Öneriler*, Bankacılık Sorunları Sempozyumu, Ankara 2004, s. 282). 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda söz konusu Fon alacakları için "kamu alacağı" ifadesi kullanılmaktan kaçınılmışsa da, *Fon'a mezkur alacakların tahsili için 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre başvuru imkanı tanınmıştır* (Bank.Kan.m.132).

rınca takip ve tahsili yetkisi verilmiş, bu yetki çerçevesinde Fonun idari yetkilerle donatılması suretiyle alacaklarının tahsil kabiliyetinin artırılması amaçlanmıştır⁴⁰. Kanunun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, Bankacılık Kanunu'nda Fon alacaklarına amme alacağı niteliği kazandırmak değil, TMSF'ye devraldığı özel hukuk alacaklarının takip ve tahsilinde 6183 Sayılı Kanun hükümlerine başvurmak yetkisi tanınmak istenmiştir. 4389 sayılı Bankalar Kanunu'ndaki: *"Fon alacakları kamu alacağıdır. Devir alınmak yoluyla Fon alacağı haline getirilen alacaklar Fon tarafından devralındıkları tarihten itibaren amme alacağı niteliğini kazanır"* hükmünün (4389 sayılı Bank.Kan. m. 15/III,s. 4) Bankacılık Kanunu'na alınmamış olması da bu düşüncüyü destekler niteliktedir.

Diğer yandan, Bankacılık Kanunu Tasarısı'ndaki düzenleme kanun koyucunun varlık yönetim şirketlerinin 6183 Sayılı Kanuna göre takip yapıp yapamayacakları konusuna nasıl yaklaştığını gayet açık şekilde gözler önüne sermektedir. Bankacılık Kanunu Tasarısı'nda, "sermayesinin tamamı Fon'a ait varlık yönetim şirketi" ve "Fonun kurucu ortak veya hissedar olduğu varlık yönetim şirketleri" olmak üzere iki model benimsenmiş ve bu ayırım şirketlerin cebri icra konusundaki yetkileri bakımından da dikkate alınmıştır. Adı geçen ayırıma uygun olarak sermayesinin tamamı Fon'a ait olan ve Fon gibi kamu tüzel kişiliğini haiz varlık yönetim şirketine 6183 Sayılı Kanun hükümlerine başvurma imkanı verilirken, Fon'un hissedar olduğu şirketlere bu yetki tanınmamıştır (Bank.Kan.Tasarı.m.145/1)⁴¹. Görüldüğü gibi, kanun koyucu baştan beri sadece TMSF'ye ve onun kuracağı kamu tüzel kişiliğini haiz varlık yönetim şirketine 6183 Sayılı Kanun hükümlerine başvurma yetkisi tanımıştır.

Sonuç olarak, 6183 Sayılı Kanuna dayanılarak başlatılan icra takiplerine konu Fon alacaklarının (Bank.Kan. m. 132) temelde özel hukuktan kaynaklandığı ve bu alacakları temellük eden varlık yönetim şirketlerinin de özel hukuk tüzel kişileri oldukları; 4389 sayılı Bankalar Kanunu'ndan bu yana kanun koyucunun sadece kamu tüzel kişiliğini haiz kurumlara 6183 Sayılı Kanuna başvurma yetkisini tanıdığı (4389 sayılı Bank.Kan. m. 14/VI, c. 3; 15/3); Bankacılık Kanununda, anılan şirketlere sadece artırma ilanı ile kıymet takdiri raporunun tebliğinde istisna tanındığı ve bu şirketlerin 6183 Sayılı Kanun'a başvurmalarına olanak sağlayan hükümlere atıf yapılmaktan özenle kaçınıldığı (Ban.Kan.m.143/3); bu durumda, Fon alacaklarının tahsili için sevk edilen yetkilerin özel hukuk kişilerinca kullanılmasının istenmediğine işaret ettiği göz önüne alındığında, varlık yönetim şirketlerinin salt fon alacaklarını devraldıkları için Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun sahip olduğu cebri icra yetkilerini kul-

(40) Benzer bir düzenleme 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda da mevcut olup, AATUHK'na göre takip yapma yetkisi sadece kamu tüzel kişiliğini haiz olan Fon'a ve onun kuracağı varlık yönetim şirketine tanınmış idi (4389 sayılı Bank.Kan.m.14/VI, c. 3; 15/3).

lanamayacakları ve bu bağlamda, 6183 Sayılı Kanun hükümlerine göre başlatılmış takiplere İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre devam etmek mecburiyetinde oldukları sonucuna ulaşılabilir.

bbb) TMSF'nin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu Yürürlüğe Girmeden Önce 6183 Sayılı Kanuna Göre Başlattığı Takipler Bakımından

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Bankacılık Kanunu yürürlüğe girmeden önce 6183 Sayılı Kanun'a göre takip başlatmış ve bilahare, takibe konu alacağı bir varlık yönetim şirketine devretmişse, bu şirketin Fon'un başlattığı takibe yine 6183 Sayılı Kanun hükümlerine göre devam edip edemeyeceği ayrı bir sorun teşkil eder. Bankacılık Kanunu'nda varlık yönetim şirketlerine bu konuda yetki veren bir hüküm yoktur. Ancak, Kanunda hüküm bulunmaması bu sorunun olumsuz şekilde cevaplanması için yeterli bir gerekçe değildir. Zira, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda 4672 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, yönetim ve denetimi TMSF'ye devredilen bankaların özel hukuktan kaynaklanan alacaklarının "kamu alacağı" niteliğini kazanacağı ve AATUHK'ya göre takibe konulacakları kabul edilmiştir⁴¹. Fon alacaklarının 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda açıkça kamu alacağı olarak nitelendirilmesi, bu alacakları devralan varlık yönetim şirketlerinin de 6183 Sayılı Kanuna göre takip başlatma veya derdest takipleri aynı Kanun hükümlerine göre devam ettirme olanağına sahip olup olmadıkları konusunu gündeme getirmektedir.

4389 sayılı Bankalar Kanunu yürürlükte iken, doktrinde: "... Bir alacak kamu alacağına dönüşmüşse -Fon bankalarının bazı alacaklarının Fona devri gibi- artık kamu kurumunun -Fonun- kamu alacağını üçüncü şahıslara devrederek, kamu alacağını özel alacağa dönüştürme yetkisi bulunmadığı söylenebilir..." görüşüne yer verilmiştir⁴². Bu sonuç, 4389 sayılı Bankalar Kanunu bakımından haklı olmakla birlikte, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda anılan görüşün aksine bir hüküm getirilmiş ve nitelik itibarıyla özel hukuk alacağı olan, ancak Fona devredilmekle Kanundan ötürü kamu alacağı niteliği kazanan Fon alacaklarının varlık yönetim şirketlerine devrine ve bilahare bu şirketler tarafından takip ve tahsiline imkan tanınmıştır (Bank.Kan. m. 143). Bankacılık Kanunu'nda Fon alacaklarının özel hukuk tüzel kişilerine temlik edilebileceği kabul edildiğine göre, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'ndaki düzenleme nedeniyle amme alacağı niteliği kazanan Fon alacaklarının varlık yönetim şirketlerine devredilmekle özel hukuk alacağına dönüştükleri ileri sürülebilir. Gerçekten, kanun koyucu, fon alacaklarının hızlı ve kolay şekilde tahsil edilebilmesi için TMSF'ye ayrıcalık tanımış ve Fon'un 6183 Sayılı Kanun hükümlerinden yararlanmasını öngörmüştür. TMSF, Bankacılık Kanunu'nun kendisine verdiği bu yetkiyi kullanarak 6183 Sayılı Kanun'a göre takip yapmak yerine Fon alacağını özel hukuk tüzel kişilerine devreder-

(41) Tekinalp, *Fondaki Banka*, s. 59.

(42) Seza Reisoğlu, *Bankalar Kanunu Şerhi*, Ankara 2002, s. 858.

se, zaten özel hukuk ilişkilerinden doğmuş olan alacağın bundan böyle amme alacağı olarak nitelenmesini gerektiren bir sebebin de kalmadığı; dolayısıyla, Fon alacağının özel hukuk tüzel kişilerine devredilmekle özel hukuk alacağına dönüştüğü söylenebilir. Aksi düşüncenin kabulü halinde, alacak özel hukuk ilişkisinden doğduğu ve varlık yönetim şirketi de kamu tüzel kişiliğini haiz olmadığı halde, bu şirketin 6183 Sayılı Kanun'dan yararlanması gündeme gelebilecektir. Bu sonucu 6183 Sayılı Kanun'un uygulama alanıyla bağdaştırmak mümkün değildir (6183 sayılı AATUHK m.1-2). Buna ilaveten, Fon alacaklarını temellük eden varlık yönetim şirketlerinin TMSF'nin cebri icraya ilişkin ayrıcalıklarından yararlanması BK.m.168/1 hükmü nedeniyle de mümkün gözükmemektedir. Borçlar Kanunu'nun 168. maddesinin birinci fıkrası şöyledir: "Bir alacağın temlikinde, temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maa da rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar dahil olur". Bu hükümden anlaşıldığı üzere, temlik edenin şahsından ayrılamayan ayrıcalıkların temellük edene geçmesi söz konusu değildir. Bu ayrıcalıklar, alacaklının şahsi vasıflarından veya şahsi haline ilişkin özelliklerden doğmaktadır⁴³. TMSF'ye, temelinde özel hukuk alacağı olan fon alacaklarının tahsili için 6183 Sayılı Kanuna göre takip yapma yetkisinin tanınması da, Fon'un şahsından kaynaklanan bir ayrıcalıktır. Bu ayrıcalık Bankacılık Kanunu'nda münhasıran TMSF'ye tanınmıştır. Onun için, Fon alacağının devri halinde, varlık yönetim şirketlerinin TMSF'nin şahsından kaynaklanan ayrıcalıkları kullanamayacakları ve fon alacaklarının tahsili için 6183 Sayılı Kanuna göre başlatılan takiplere AATUHK'ya değil, İcra ve İflâs Kanunu'na göre devam edebilecekleri düşünülmektedir. Esasen, Fon'un özel hukuktan kaynaklanan alacakların tahsili için 6183 Sayılı Kanuna başvurabilmesi eleştiriye açık bir husustur. Nitekim doktrinde 4389 sayılı Bankalar Kanunu yürürlükte iken: "... *Bankalar Kanunu Fon alacağı gibi hiçbir şekilde kamusal niteliği bulunmayan alacakları da anılan Kanun kapsamına alınca ve 5020 Sayılı Kanun'la buna Hazine alacaklarını da ekleyince Kanunun uygulama alanı genişlemiş ve diğer kredi alacaklılarını da rahatsız eder hale gelmiştir. Çünkü, diğer kredi alacaklıları borçlunun malvarlığına el atamaz konuma girmişlerdir*" görüşüne yer verilmiştir. Bu düzenlemenin bir adım daha ötesine gidilerek, özel hukuktan doğmakla birlikte Bankalar Kanunu'nda kamu alacağı olarak nitelenen Fon alacaklarının özel hukuk kişileri tarafından AATUHK'ya göre tahsil edilebileceğinin kabulü 6183 Sayılı Kanunu'na aykırı olduğu gibi, Anayasa'nın 6. maddesindeki: "*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz*" ifadesine de uygun gözükmemektedir. Netice olarak, özel hukuktan doğan bir alacağın yine bir özel hukuk tüzel kişisi olan varlık yönetim şirketine devri halinde, bu şirketin amme alacaklarının takip ve tahsili için öngörölmüş 6183 Sayılı

(43) Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1988, s. 332.

Kanun'dan yararlanamayacağı; ulaşılan bu sonucun gerek TMSF'nin ortak olduğu gerekse herhangi bir ortaklık ilişkisinin bulunmadığı varlık yönetim şirketleri bakımından geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, varlık yönetim şirketlerinin 6183 Sayılı Kanuna göre başlatılan takiplere aynı hükümlere dayanarak devam etmeleri mümkün olmayacaktır. Burada, varlık yönetim şirketlerinin ya derdest takibe İcra ve İflâs Kanununa göre devam etmeleri ya da İcra ve İflâs Kanunu'na göre yeni bir takip başlatmaları düşünülebilir. Bankacılık Kanunu'nda bu konuda açık bir düzenleme yoktur. Bize göre, anılan sorun değerlendirilirken takip talebinde bulunmanın doğurduğu sonuçların göz önünde tutulması yerinde olacaktır. Bilindiği gibi, takip talebinde bulunmakla icra hukuku ve maddi hukuk bakımından bazı sonuçlar doğar⁴⁴. Bu çerçevede, derdest takibe İcra ve İflâs Kanununa göre devam edilemeyeceği ve yeni bir takip başlatılması gerektiği kabul edilirse, ilk takip talebiyle doğan sonuçlardan yararlanılamayacak ve bu durum bazı sorunlara yol açabilecektir. Örneğin kimlerin hacze iştirak edeceği belirlenirken takip talebi tarihi esas alınır. Buna göre, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre yeni bir takip başlatılması gerektiği kabul edilirse, hacze iştirak edilip edilemeyeceği sonraki takip tarihi dikkate alınarak belirlenecek; bu durum daha fazla alacaklının hacze iştirak etmesine neden olabilecek ve dolaylı olarak sorunlu alacakların devrini olumsuz şekilde etkileyecektir. Bunun gibi, derdest takibe kalınan yerden devam edilmemesi borçlunun yeni takibin başlatıldığı tarihte temerrüde düşürülmesine neden olacak; ikinci takibe konu alacağın zamanaşımına uğrayıp uğramadığının tespiti ise bir başka sorun teşkil edecektir. Bu ve bunun gibi sorunların Bank.Kan. m. 143'ün uygulama kabiliyetini azaltacağı açıktır. Onun için, yeni bir takip başlatmak yerine, TMSF'nin 6183 Sayılı Kanun uyarınca başlattığı takibe kalınan yerden İcra ve İflâs Kanununa göre devam edilmesinin daha yerinde olacağı düşünülmektedir. Fakat, bu defa da sözü geçen takip yollarının farklı makamlar tarafından ve farklı usullere göre yürütülmesi bazı sorunlarla karşılaşılmasına yol açacaktır. Örneğin 6183 Sayılı Kanuna göre başlatılan takipte gönderilen ödeme emri borçluya tebliğ edilmeden önce alacak varlık yönetim şirketine temlik edilirse, borçlunun idare mahkemesinde dava mı açacağı yoksa bundan böyle takibi yürütecek olan icra dairesine itirazda mı bulunacağı sorulabilecektir. Bunun gibi, borçlunun 6183 Sayılı Kanuna göre başlatılan takibi İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen menfi tespit davasını açarak durdurup durduramayacağı bir başka problem teşkil edecektir. Bu tür sorunlara çözüm ararken Fon alacağının icra takibinin hangi aşamasında temlik edildiği dikkate alınmalıdır. Alacak, 6183 Sayılı Kanuna göre

(44) Takip hukuku bakımından doğan sonuçlara icra dairesinin ödeme emri gönderme zorunluluğu, maddi hukuk bakımından doğan sonuçlara ise zamanaşımının kesilmesi ve borçlunun temerrüde düşürülmesi örnek verilebilir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul 2006, s.179 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özkes, s. 110- 111.

başlatılan takipte haciz aşamasına gelinmeden önce temlik edilmişse, borçlunun savunma hakkının kısıtlanmamasına dikkat edilmesi yerinde olacaktır. Zira, borçlu, 6183 Sayılı Kanuna ve İcra ve İflâs Kanunu'na göre başlatılan takiplerde gönderilen ödeme emrine karşı farklı savunma imkanlarına sahiptir. Borçlu İcra ve İflâs Kanunu'na göre başlatılan takibi ödeme emrine itiraz etmekle durdurabilirken, 6183 Sayılı Kanuna göre başlatılan takibi durdurabilmesi için, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde idare mahkemesinde⁴⁵ dava açması ve yürütmenin durdurulması kararı alabilmek için de teminat göstermesi gerekmektedir. Borçlu 7 gün içinde ödeme emrinin iptali istemiyle dava açmadığı veya açmış olduğu davada yürütmenin durdurulması kararı verilmediği takdirde, tahsil dairesi haciz kararı alabilecek ve borçlunun yeteri kadar malına el koyabilecektir⁴⁶. Görüldüğü gibi, borçlunun savunma imkanları ödeme emrinin hangi Kanuna göre gönderildiğine göre değişmektedir. Onun için, 6183 Sayılı Kanuna göre takip başlatılmış ve Kanunda dava açmak için öngörülen 7 günlük süre henüz dolmadan alacak bir varlık yönetim şirketine temlik edilmişse, borçlunun savunma hakkının kısıtlanmaması için İcra ve İflâs Kanuna göre yeni bir ödeme emri gönderilmesi düşünülebilir. 6183 Sayılı Kanuna göre başlatılan takipte haciz aşamasına gelindikten sonra alacak temlik edildiği takdirde ise, icra dairesi takibe kalınan yerden İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre devam edebilecektir. Ancak, 6183 Sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu haciz ve satış aşamasıyla ilgili farklı düzenlemeler içerdiği için, icra dairesi bu defa da başka sorunlarla karşı karşıya kalacaktır. Örneğin İcra ve İflâs Kanunu'nda satış isteme süreleri hacizden itibaren taşınırlar için 1 yıl, taşınmazlar için ise 2 yıldır (İİK m.106). 6183 Sayılı Kanunda ise satış isteme sürelerine ilişkin bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bu durumda, TMSF'nin 6183 Sayılı Kanuna göre başlattığı takipte haciz konulmakla birlikte henüz satış istenmemişse, haczin konulmasından temlik tarihine kadar geçen sürenin, bundan böyle İcra ve İflâs Kanununa göre yürütülecek takipte satış isteme sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağı bir soru işareti teşkil eder. Bunun gibi, 6183 Sayılı Kanun'un 87 ve 94. maddeleri gereğince taşınır ve taşınmaz malların birinci artırmada satılabilmesi için satış bedelinin malın tahmin edilen bedelinin en az %75'e tekabül etmesi gerekmektedir. İcra ve İflâs Kanunu'nda ise bu oran 4949 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra %60'a indirilmiştir (İİK m.115, 129). Bu durumda, 6183 Sayılı Kanuna göre başlatılan takipte satış ilanı yapıldıktan sonra alacak varlık yönetim şirketine temlik edilmişse, icra dairesinin mahcuz malı hangi oran üye-

(45) 6183 sayılı Kanun'da itirazın Vergi İtiraz Komisyonu'na yapılacağı belirtilmekle birlikte, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'la bu komisyonların yerini vergi mahkemeleri almıştır. 3576 sayılı Kanun'un 6/b hükmüne göre Vergi Mahkemelerine belli amme alacakları için gidilebilir. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun göndereceği ödeme emirlerine karşı idare mahkemelerinde dava açılacaktır (Reisoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi 2006, s. 1480, dn. 13).

(46) Turgut Candan, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Ankara 2007, s. 364.

rinden satacağı sorusuyla karşılaşılır. Satış ilanında 6183 Sayılı Kanun hükümlerine uygun şekilde muhammen bedelin asgari %75'nin bulunması gerektiği belirtilmiş iken, acaba icra dairesi takibe İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre devam edileceğini gerekçe göstererek birinci artırmada satış bedelinin malın tahmin edilen fiyatının %60'nı bulmasının yeterli olacağını ileri sürebilecek midir? Bize göre, bu olasılıkta satış ilanında belirtilen oranla (%75) birinci artırmada uygulanacak oran (%60) arasında fark bulunması, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre yeniden ilan yapılmasını zorunlu kılacaktır. Ancak, Bankacılık Kanunu'nda 6183 Sayılı Kanuna göre başlatılan takiplere İcra ve İflâs Kanunu'na göre ne şekilde devam edileceğine dair geçiş hükümleri konulmadığı için, bu ve bunun gibi çok sayıda sorunla karşılaşılması olasıdır. Her iki takip yolu farklı makamlar tarafından ve farklı usullere göre yürütüldüğü; ayrı nitelikteki alacakların takip ve tahsili için sevk edildikleri; İcra ve İflâs Kanunu'nda 6183 Sayılı Kanun'un aksine çok sayıda değişiklik yapıldığı ve bu yüzden anılan Kanun'ların benzer konulardaki düzenlemelerinin farklılaştığı göz önüne alındığında, bu Kanunlardan birine istinaden başlatılan takibe diğerine göre devam edilmesi sonucunu doğuran düzenlemelerden kaçınmak, de lege ferenda olarak en isabetli çözüm gözükmektedir. Aksi düşüncenin kabulü halinde ise, 6183 Sayılı Kanuna göre başlatılan takiplere İcra ve İflâs Kanunu'na göre nasıl devam edileceğini gösteren hükümler konulması yerinde olacaktır. Bugün ise, Kanun'daki düzenlemeler dikkate alınarak her somut olay için ayrı ayrı çözüm üretmek gerekecektir.

b) TMSF'nin Varlık Yönetim Şirketine Asgari %20 Hissedar Olmadığı Durumlar

Bankacılık Kanunu'nun 143. maddesinde açıkça "Fon'un en az %20 oranında kurucu ortak veya hissedar olduğu" varlık yönetim şirketlerinin Fon'dan devraldığı alacakların tahsilinde Bank.Kan. m. 132/VIII ve m.138/V'de öngörülen yetkileri kullanabilecekleri belirtilmiştir. Bu hükmün mefhumu muhalifinden, Fon'un hiç veya Kanunda öngörülen oranda ortak olmadığı varlık yönetim şirketlerinin anılan hükümlerden yararlanamayacakları sonucuna ulaşılmaktadır. Bu atıf Bank.Kan. m. 138/V hükmü açısından yerinde gözükmektedir. Kanun koyucu, tebligat konusundaki düzenlemeden sadece Fon'un asgari %20 oranında ortak olduğu varlık yönetim şirketlerini yararlandırmayı tercih etmektedir⁴⁷. Halbuki, Bank.Kan. m. 132/VIII'e yapılan atfın sadece Fon'un %20 hissedar olduğu varlık yönetim şirketlerine uygulanacağını kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Bank.Kan. m. 132/VIII varlık yönetim şirketlerinin İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre başlatılan takiplere kalınan yerden de-

(47) Bu sonuç, Bankacılık Kanunu'ndan sonra kurulan varlık yönetim şirketleri yanında, 4743 Sayılı Kanuna göre kurulan ve Fon'un ortak olmadığı varlık yönetim şirketleri için de uygulama alanı bulacaktır (Bank.Kan. m.143/son).

vam edebileceklerini öngörmektedir. Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'ndan alacak temellük eden varlık yönetim şirketlerinin, alacağın temlikine ilişkin hükümler gereğince İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre başlatılan takiplere kalınan yerden devam edebilecekleri aşikardır. Onun için, Kanunun lafzından hareketle Fon'un hissedar olmadığı varlık yönetim şirketlerinin Bank.Kan. m. 132/VIII hükmünden yararlanamayacakları sonucuna ulaşamayacağı düşünülmektedir.

TMSF 6183 Sayılı Kanun'a göre takip başlattıktan sonra alacağını hissedarı olmadığı bir varlık yönetim şirketine devrederse, bu şirketin derdest takibe ne şekilde devam edeceği başka bir sorun olarak karşımıza çıkar. Bankacılık Kanunu'nda bu konuda açık bir hüküm sevk edilmemiştir. Kanun'da TMSF'nin %20 oranında ortak olduğu varlık yönetim şirketlerine dahi 6183 Sayılı Kanun'a dayanarak takip yapma ve bu Kanuna göre başlatılan takiplere kaldıkları yerden devam etme yetkisi verilmediği göz önüne alındığında, TMSF'nin hiçbir ortaklığının bulunmadığı şirketlerin bu yetkiyi haiz olmadıkları evleviyetle söylenebilecektir.

V- SONUÇ

Aktif yönetimi bankacılık sektörünün yeniden yapılandırılmasında kullanılan en önemli enstrümanlardan olup, mali kurumların iyi aktiflerinin kötü aktiflerden ayrılmasını ve kötü aktiflerin varlık yönetim şirketlerine devrini konu almaktadır. Varlık yönetim şirketleri mali kurumların sorunlu aktiflerini devraldıktan sonra tasfiye etmekte; böylece, banka bilançolarında birikmiş sorunlu varlıkların neden olabileceği riskleri üstlenerek, bankaların asıl faaliyet alanlarında yoğunlaşmalarını sağlamaktadırlar. Ayrıca, varlık tasfiyesinde ölçek ekonomisi sağlamak, bankaların acele satışlar nedeniyle zarar görmelerini önlemek ve borç geri ödeme disiplinini artırmak gibi görevleri de vardır.

Varlık yönetim şirketleri Türk hukukunda açıkça bu adla anılmasa da ilk defa 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda düzenlenmiş; bilahare, 4743 sayılı Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da düzenleme yapılmış; son olarak da, sözü geçen hükümler bertaraf edilerek 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda bu şirketlerin yapısı ve yetkileri yeniden belirlenmiştir. Bugün, gerek Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun hissedarı olduğu gerekse TMSF'nin ortaklık ilişkisinin bulunmadığı varlık yönetim şirketlerinin kurulması mümkündür.

Kanun koyucu, Bankacılık Kanunu'nun 143. maddesinde varlık yönetim şirketlerine cebri icra konusunda geniş yetkiler tanımaktan kaçınmıştır. TMSF'nin asgari %20 hissedarı olduğu şirketler ise birkaç istisna dışında özel yetkilerle donatılmamışlardır. Bank.Kan. m. 143/3'de sadece Bank.Kan. m. 132/8 ve 138/5 hükümlerine atıf yapılmış; bu hükümlerde, varlık yönetim şirketlerinin İcra ve İflâs Kanunu'na göre başlatılan takiplere kalınan yerden devam edebilecekleri belirtilmiş ve tebligat ko-

nusunda bazı kolaylıklar getirilmek istenmiştir. Bankacılık Kanunu'nda TMSF'nin asgari %20 hissedarı olmadığı şirketlere herhangi bir ayrıcalık tanınmadığı için, bu şirketlerin cebri icra yetkileri İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir.

Bankacılık Kanunu'nda, TMSF'ye Fon alacaklarının tahsili hususunda 6183 Sayılı Kanun'a başvurma yetkisi de dahil olmak üzere pek çok yetki verilmektedir. Varlık yönetim şirketleri ise, temellük ettikleri Fon alacaklarının takip ve tahsilinde İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine tabi kılınmışlardır. TMSF ile varlık yönetim şirketlerinin cebri icra yetkileri arasındaki böyle bir fark bulunmasının sebepleri arasında, TMSF kamu tüzel kişiliğini haiz bir kurum iken, varlık yönetim şirketlerinin özel hukuk tüzel kişileri olmaları; bu ayrıcalıkların TMSF'ye devredilen alacakların hızlı ve kolay şekilde tahsil edilebilmesi için tanınmış olması; Kanun'da varlık yönetim şirketlerine AATUHK'ya göre takip yapma yetkisi veren açık bir düzenleme bulunmaması sayılabilir. O nedenle, TMSF varlık yönetim şirketlerine ortak olsa bile, bu şirketlerin devraldıkları fon alacaklarının tahsili için AATUHK hükümlerine başvurmalarının mümkün olmayacağı sonucuna ulaşılabilir.

Varlık yönetim şirketlerinin derdest takiplere ilişkin yetkileri Bankacılık Kanunu'nda sadece İcra ve İflâs Kanunu'na göre başlatılan takipler bakımından düzenlenmiştir (Bank.Kan. m. 143). Bu hükümde, varlık yönetim şirketlerinin İcra ve İflâs Kanunu'na göre başlatılan takiplere kalınan yerden devam edecekleri belirtilmektedir (Bank.Kan. m. 132/8). TMSF'nin 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na göre 6183 Sayılı Kanun'a dayanarak takip başlattıktan sonra, takibe konu fon alacağını varlık yönetim şirketlerine devretmesi halinde, bu şirketlerin takibe ne şekilde devam edecekleri ise Kanundan anlaşılamamaktadır. Bize göre, özel hukuktan kaynaklanan ancak Bankalar Kanunu'nun hükmü gereğince amme alacağı niteliği kazanan Fon alacaklarının yine bir özel hukuk tüzel kişisi olan varlık yönetim şirketlerine devri halinde bu şirketlerin amme alacaklarının takip ve tahsili için öngörülmüş olan 6183 Sayılı Kanun'dan yararlanması yerinde olmayacaktır. Onun için, varlık yönetim şirketlerinin TMSF'nin 6183 Sayılı Kanun'a dayanarak başlattığı takipleri İcra ve İflâs Kanunu'na göre devam ettirmeleri gerekecektir. 6183 Sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun sevk ediliş amaçları ve uyguladıkları usullerin farklı olması bazı sorunlarla karşılaşılmasına neden olabilecektir. Fakat, Bankacılık Kanunu'nda, TMSF'nin 6183 Sayılı Kanuna göre başlattığı bir takibe İcra ve İflâs Kanunu'na göre nasıl devam edileceği düzenlenmemiştir. Bu nedenle, karşılaşılan sorunlara somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı çözüm aramak gerekecektir.

KAYNAKÇA

- Alıcı, Yaşar: Bankalar Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.
- Altay, İsmail: Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluşu, İşleyişi, BDDK ile İlişkisi ve Bu Şirket Modelinin Sağladığı Avantajlar, Active Finans Dergisi, 2003 Temmuz Ağustos, s. 54 vd.
- Aydın A./Ataman P., İnan E./Tulay B.:Bankacılıkta Mali Bünye Sorunları ve Yeniden Yapılandırma Ülkede Uygulamaları, Bankacılar Dergisi 2000/1, s. 37 vd.
- Battal, Ahmet: Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006.
- Candan, Turgut: Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, Ankara 2007
- Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I- VI, İstanbul 2001.
- Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C. II, İstanbul 1990.
- Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2006.
- Mesutoğlu, Berk: Sorunlu Aktiflerin Varlık Yönetim Şirketlerince Tasfiyesi, Ülke Örnekleri, s. 1 vd. (www.bddk.gov.tr)
- Özince, Ersin: Türk Bankacılık Sisteminde Kredi Riski ve Aktif Yönetim Şirketleri, Aktif Satışı ve Varlık Yönetim Şirketleri” Konferansı, İstanbul 2004.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes, Muhammet/Sungurtekin ÖzkanMeral: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2006.
- Pekcanitez, Hakan/Erdönmez, Güray: Bankacılık Kanunu'nun İcra ve İflâs Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Bankacılar Dergisi, 2006 Aralık, s. 25 vd.
- Reisoğlu, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2002.
- Reisoğlu, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I, II, İstanbul 2007.
- Tahtakılıç, Ahmet Koray: Bankacılık Krizlerinde Varlık Yönetim Şirketleri ve Türkiye Üzerinde Değerlendirmeler, s. 1 vd. (www.spk.gov.tr)
- Tekinalp, Ünal: Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003.
- Tekinalp, Ünal: Bankanın Fona Devredilmesi Sisteminin Eleştirilmesi ve Öneriler, Bankacılık Sorunları Sempozyumu, Ankara 2004, s. 275 vd.
- Tekinalp Ünal/Tekinalp Gülören: Bankalar ve Finansal Kurumlar Mevzuatı İle 5411 sayılı Bankacılık Kanununun Açıklamaları ve Dogmatik Mimarisi, İstanbul 2006.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu,
- Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988.
- Üstündağ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.
- Gerekçeli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, C. I, II, Bankalar Birliği Yayını, İstanbul 2006.

İKRARIN BÖLÜNMEZLİĞİ İLKESİ VE UYGULAMASI

Av. Nafti PAKEL

Mecelledeki tarifine göre ikrar; “bir kimsenin, bir başkasının kendisinde olan hakkını bildirmesidir.”

Rahmetli hocamız **Prof. İlhan Postacıoğlu**’nun tanımlaması ile ikrar; “bir tarafın kendi aleyhinde ileri sürülen bir olayın doğruluğunu mahkeme huzurunda beyan etmesidir. Bu beyan, kural olarak diğer tarafı ispat külfetinden kurtarır.”*

Karşı tarafı ispat külfetinden kurtaran ve basit ikrar olarak tanımlanan bu ikrar türünde borçlu taraf, aleyhinde öne sürülen vakayı olduğu gibi ve aynen kabul eder. Örneğin, “evet talep ve dava konusu parayı borç olarak aldım, iade edemedim” şeklindeki bir ikrar basit bir ikrardır.

Uygulamada basit ikrar türüne nadiren rastlanmaktadır. Pek çok durumda ise alacak talebi ile karşılaşan borçlu taraf, alacaklının ileri sürdüğu olayın varlığını kabul etmekle beraber bu olayın hukuki vasfının ileri sürülenden farklı olduğunu savunur.

Örneğin, “parayı aldığım doğrudur ancak ödünç olarak değil, hibe olarak verildi” şeklinde bir beyanda bulunan davalı taraf, parayı aldığını doğrulamakta ve fakat iade ile yükümlü olmadığını savunmaktadır.

Böyle bir beyanda bulunan ve parayı aldığını ikrar eden borçlu, bu parayı iade yükümlülüğünü ortadan kaldıran ikinci bir olayın varlığını ikrarına ilave etmektedir.

Borçlunun basit ikrarda bulunmadığı, ikrarını hükümden düşüren diğer bir olayın varlığını ikrarına eklediği durumlarda “ikrarın bölünmezliği” tartışması ortaya çıkmaktadır.

Bu durum uygulamada, ikrarın hangi koşullarda bölünebileceği, hangi koşullarda bir bütün olarak ele alınması gerektiği sorununu doğurmaktadır.

(*) Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu *Medeni Usul Hukuku Dersleri* 1966 baskısı, sahife 410.

Hukuk Genel Kurulunun 24.04.1963 tarihli kararında “pazarlarda yapılan satışlarda olduğu gibi paranın hemen ödenmesini gerektiren işlemler ayrık olmak üzere, diğer tüm işlem ve borçlarda borcun doğmuş olduğunu kabul eden borçlunun ödemeyle de ispatla yükümlü bulunduğu” sonucuna varılmıştır.

Bu kararda Hukuk Genel Kurulu, genel uygulamaya göre peşin ödeme gerektiren işlemler dışında ileri sürülen “aldım ancak ödedim” şeklinde ileri sürülen bir ikrarın bölünebileceğini kabul etmiş ve ispat külfetini borçluya yüklemiştir.

Keza, Hukuk Genel Kurulu 03.07.1996 gün ve 1996/13-394 Esas, 1996/538 sayılı kararında “parayı davacıdan aldığını ikrarla birlikte, bu ödemenin taraflar arasında mevcut başka bir hukuki ilişkiden kaynaklandığını ileri süren davalının bu ikrarı ile savunma olarak getirdiği vaka arasında bir bağlantı bulunmadığı bu itibarla, bağlantısız bileşik ikrar niteliğindeki bu ikrarın bölünebileceği” sonucuna varmıştır.

Bu kabil bir olayda da davalının, davacı tarafından kendisine yapılan ödemenin asıl borcu doğuran ilişki dışında başka bir hukuki ilişkiye bağlı olduğuna ilişkin savunmasını kanıtlaması gerekmektedir.

İkrarın bölünmezliği ilkesi, her olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gereken bir olgudur. Bu nedenle ikrarın bölünüp bölünemeyeceği hususu İsviçre hukukunda hakimin takdirine bırakılmıştır.

Uygulamada, taraf olarak yaşadığımız bir olay ikrarın bölünmezliği ilkesinin açık bir örneğini teşkil etmekle bu hukuki uyumsuzluğu ve bu konuda verilen nihai hükmü sayın meslektaşlarımızın bilgisine sunmakta yarar görüyoruz.

Sözkonusu olayda:

a- 2006 yılı içinde ilamsız icra takibi yapan alacaklı, para alacağını talep etmiş ancak bu alacağının sebebini takip talebinde göstermemiştir.

Yasal süresi içinde takibe itiraz eden borçlu, “alacaklı talebinde bulunan kişiye muaccel borcum yoktur” savunmasında bulunmuştur.

b- İcra Hakimliğine başvuran alacak iddialısı, borçlunun tek taraflı müracaatı ile noterde tanzim ettirdiği “Düzenleme Şeklinde Borç Senedi” başlıklı belge uyarınca kendisine borçlu bulunduğunu dermeyan ile itirazın kaldırılmasını talep etmiştir.

c- Bu talebe karşı borçlu, sair itirazlarına ek olarak, sözkonusu noter senedinde açıkça yazıldığı gibi kabulünde olan borcu alacaklıya 25.02.2008 tarihinden itibaren ödeme taahhüdünde bulunduğunu, bu vade henüz gelmediği için borcun muaccel olmadığını, ikrarın bölünmezliği ilkesi uyarınca, aynı senet üzerinde yer alan ve bir bütün olan ikrarın borç için kabulü, vadesi için ise gözardı edilmesinin mümkün olmadığını, bu itibarla “muaccel borcum yoktur” şeklindeki haklı itirazı dairesinde alacak iddialısı talebinin reddini istemiştir.

d- İcra hakimliği, *takip konusu borcun noter senedi ile kabul edilmiş olduğu gerekçesi ile itirazın kaldırılmasına, takibin devamına karar vermiştir.*

Bu karar aşağıdaki gerekçelerle ve bozma talebi ile temyiz edilmiştir:

- Takip talebinde borcun sebebini noter senedi olarak göstermeyen alacak iddıcısı iyi niyetli değildir. Dayanağı gösterilmeyen bu alacağa itiraz edilmemesi halinde alacak iddıcısının daha sonra noter senedindeki vade tarihi olan 25.02.2008 tarihinde mükerrer bir alacak talebinde bulunması mümkün ve muhtemeldir.

- 23.02.2006 tanzim tarihli noter belgesini aynı gün teslim alan alacak iddıcısı icra takibine kadar geçen 75 günlük sürede suskun kalmakla 2008 tarihli ödeme vadesini zımnen kabul etmiştir.

- Vadesi belirsiz borç alacaklının ihtarı ile muaccel olur kuralı gereği, noter senedinde yazılı 2008 yılı vadesini kabul etmeyen alacaklının borcu muaccel kılmak üzere, icra takibine geçmeden önce ihtar keşide edip süre vermesi gerekirken böyle bir işlem de yapılmamıştır.

- İkrarın bölünmezliği ilkesi uyarınca, aynı senet üzerinde yer alan ve bir bütün olan ikrarın bölünmek sureti ile borç için kabulü, borcun 2008 yılında gelecek vadesi için gözardı edilmesi mümkün değildir.

Bu nedenlerle, “muaccel borcum yoktur” şeklindeki itiraz doğru ve haklı olmakla bu itirazın kaldırılmasına ilişkin hükmün bozulması gereği vurgulanmıştır.

e- Temyiz mercii olan Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 27.11.2006 gün ve 2006/19167-22221 sayılı ilamında:

“Düzenleme şeklindeki borç senedinde borçlu borcu 25.02.2008 tarihinden itibaren taksitler halinde ödemeyi kabul ve taahhüt etmiştir. Bu durumda takip tarihi itibarı ile muaccel bir alacak bulunmamaktadır. O halde alacaklının isteminin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.”

gerekçesi ile merci hakimliği kararını bozmuştur.

Bu gerekçeden de açıkça anlaşıldığı gibi, sair temyiz nedenleri üzerinde durmayan Yargıtay 12. Hukuk Dairesi bozma kararını ikrarın bölünmezliği ilkesini gözetmek sureti ile oluşturmuştur.

Söz konusu uyuşmazlık ile bu konuda oluşturulan Yargıtay kararı, uygulamada pek sık rastlanmayan ikrarın bölünmezliği ilkesinin karakteristik bir uygulaması örneği olmakla sayın meslektaşlarımızın bilgisine sunulmasında yarar görülmüştür.



AKREDİTİF HUKUKUNA İLİŞKİN BAZI DÜŞÜNCELER

Av. Gaye BUMİN / Av. Ünal SOMUNCUOĞLU

GİRİŞ

Akreditif Hukukuna ilişkin olarak yazılan eserleri göz önünde bulundurduğumuzda, bu müesseseye ilişkin bazı tanımlamaların gerçeği tam olarak yansıtmadığını ve tabiri caiz ise taşların tam olarak yerine oturmadığını gözlemlemekteyiz. Oysa, bazı kavramlar doğru olarak teşhis ve tespit edilmedikçe, doğru hukuki sonuçlara varılamayacağını düşünmekteyiz. İşte bu yazıyı bu nedenle kaleme aldık ve akreditif hukukunun bazı gerçeklerini dile getirmeye çalıştık.

A) AKREDİTİF HUKUKUNUN KAYNAKLARI:

Akreditif Hukukunun temel kaynağını, kural olarak AKREDİTİFE İLİŞKİN ULUSLARARASI YEKNESAK KURALLAR teşkil eder. Bu kurallar, Milletlerarası Ticaret Odası Bankacılık Komisyonu tarafından, takriben onar yıllık zaman dilimleri arasında muntazaman revize edilir ve bu komisyon tarafından son şekli verildikten sonra, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından bir broşür olarak yayınlanır. Ancak bu kurallar, akreditif hukukunun yegane kaynağını oluşturmaz. Hatta bu kurallar, her zaman, her ülkede akreditif hukukunun kaynağını dahi teşkil etmez. Bunun sebebini aşağıdaki satırlarda açıklayacağız. Akreditif Hukukunun diğer kaynakları ise, ülkelerin yerel genel hukuk kuralları ve yerel mahkeme içtihatlarıdır. Uluslararası yeknesak kuralların uygulanabildiği hallerde ise, bu kuralların mutlak olarak uygulanmaları da her zaman, her ülkede söz konusu değildir. Özellikle özel hukuk kurallarının yazılı yasalar halinde belirlendiği ülkelerde, uluslararası yeknesak kuralların uygulanabilmesi, bu kuralların, yerel yasaların amir hükümleri ile çelişmediği oranda mümkün olabilir. Bunun en somut örneği, Türk-İsviçre hukuk sisteminde kendini gösterir. Gerçekten, Yüksek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 4.11.1964 gün, E.942/D-T, K..637 sayılı içtihadında, bu husus mükemmel bir biçimde açıklanmış ve uluslararası yeknesak kuralların, yazıldıkları gibi değil, ancak, Türk Borçlar Yasası'nın emredici hükümleri ile çatışmadığı oranda uygulama alanı bulabileceği ifade edilmiş

tir. Ezcümle, BK'nın 100. maddesi uyarınca, bankacılığın, ülkemizde hükümetten imtiyaz almak suretiyle yapılabilen bir iş olduğu ve dolayısıyla, uluslararası yeknesak kuralların, bankaların sorumsuzluğuna ilişkin vazettiği hükümlerin, ancak hafif kusur halinde geçerli olabileceği içtihad edilmiştir. Bugün 43 yaşına basan bu emsalsiz içtihat, halen dahi geçerliliğini muhafaza etmekte ve Türk akreditif hukuku uygulamasında çok önemli ve vazgeçilmez bir mevki işgal etmektedir. Gururla da ifade etmemiz gerekir ki, Yüksek Yargıtay'ın 1964 yılında vardığı bu sonuçlara İsviçre Federal Mahkemesi tam 25 yıl sonra, 1989 yılında ulaşabilmiştir.

B) AKREDİTİFE İLİŞKİN ULUSLARARASI YEKNESAK KURALLARIN HUKUKSAL NİTELİĞİ:

Akreditife ilişkin uluslararası yeknesak kuralların hukuksal mahiyetinin doğru olarak tespiti çok önemli hukuki sonuçlar yaratacağı için, bu hususta bir yanılığa düşmemek gerekir.

Bu kurallar bir YASA MIDIR? Bazı ülkelerde bu kurallar bir yasa ile kabul edilmekte ve yerel hukukun bir parçasını teşkil etmektedir. Bu kurallar ULUSLARARASI BİR KONVANSİYON MUDUR? Bu kurallar ÖRF VE ADET HUKUKU KURALLARI MIDIR? Yoksa bu kurallar SÖZLEŞME NİTELİKLİ KURALLAR MIDIR?

Konuyu ülkemiz açısından ele aldığımızda, bu kuralların bir yasa olmadığı açıktır. Keza, bu kurallar ULUSLARARASI BİR KONVANSİYON niteliği de taşımaz. Milletlerarası Ticaret Odası tarafından vazedilen yeknesak kurallar, bankaların kişisel kabul beyanları ile ve bu beyanlarını Milletlerarası Ticaret Odası'nın Paris'teki merkezine ulaştırmaları ile yaygınlık alanı belirlenen kurallardır.

Her ne kadar, İngilizce ve Fransızca metin başlıkları hilafını düşündürse de, (UNIFORM CUSTOMS-USANCES UNIFORMES), akreditife ilişkin uluslararası yeknesak kuralların, özellikle de TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU açısından, ÖRF ve ADET HUKUKU olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Zira, MK'nın 1. maddesine göre, örf ve adet hukuku kuralları, kanuni bir hüküm bulunmayan halde, yargıç tarafından RESEN uygulanır. Oysa, uluslararası yeknesak kuralların, ülkemizde yargıç tarafından resen uygulanabilmesi söz konusu değildir. Çünkü, bizatihi uluslararası yeknesak kuralların her 10 yılda bir yenilen tüm versiyonlarının değişmez 1. maddelerinde şu hüküm yer alır: (...Les RUU s'appliquent à tous les credits documentaires, des lors qu'elles font partie integrante du credit...) - akreditife ilişkin uluslararası yeknesak kurallar, akreditif kuşat mektubu metninde belirtildiğinde, bütün akreditiflere uygulanacaklardır.

Yani, bu hükümden açıkça anlaşılacağı üzere, akreditife ilişkin uluslararası yeknesak kuralların uygulanabilmesi, HER SOMUT AKREDİTİF KUŞAT MEKTUBU METNİNDE, O SOMUT AKTEDİTİFİN, ULUSLARARASI YEKNESAK KURALLARA TABİ OLDUĞU ŞERHİNİN BULUNMASINI GEREKTİRİR. Aksi halde, somut akreditif ilişkisinde akreditife ilişkin

uluslararası yeknesak kuralların uygulanması mümkün değildir.

Pekala o zaman, somut akreditif ilişkisine hangi kurallar uygulanacaktır? Bunun cevabı her türlü tereddüitten uzaktır. Böyle bir halde, uygulanacak hukuksal hükümler, ülkelerin yerel genel hukuk kurallarıdır. Bu tespitin ne kadar önemli olduğu aşağıdaki paragraflarda çok iyi anlaşılacaktır. Yeri gelmişken hemen ekleyelim. Uygulamada, akreditife ilişkin uluslararası yeknesak kuralların uygulanacağı hususunda anlaşmanın varlığı, bu hususta somut akreditif kuşat mektubu metnine, bu yolda bir şerh düşülmesi ve bu şerhi havi akreditif kuşat mektubunun lehtar tarafından sarahaten veya zimnen kabulü ile anlaşılır.

C) AKREDİTİF HUKUKUNDA, AKREDİTİF AMİRİNİN FONKSİYONU:

Akreditif hukukunda, akreditif amirinin fonksiyonu o somut akreditife uygulanacak hukuksal kuralların mevcudiyeti ile doğru orantılıdır. Bir başka deyişle, somut akreditif ilişkisine, öncelikle akreditife ilişkin uluslararası yeknesak kurallar uygulanacak ise, akreditif amirinin hukuksal statüsü başkadır, yok eğer bu kurallar uygulanamayıp da yerel hukukun genel hükümleri uygulanacak ise, akreditif amirinin statü ve rolü başkadır. İşte konunun can alıcı noktası da buradadır.

Gerçekten, somut akreditife uluslararası yeknesak kurallar öncelikli olarak uygulanacak ise bu kuralların öncelikli olarak geçerli bulunduğu akreditif ilişkisinde, akreditif amirinin önemli bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Hatta, böyle bir halde akreditif amirinin herhangi bir fonksiyonunun bulunmadığını ileri sürmek kanımızca hiç de abartılı bir ifade olarak kabul edilmemelidir. Böyle bir ilişkide, akreditif amirinin iki fonksiyonu bulunmaktadır. Birincisi, amir bankaya akreditif açılması talimatı vermek ve aralarında bir kredi ilişkisi yok ise akreditif kuvertürünü tevdi etmek, ikincisi ise, şayet amir banka kendisine bu yolda bir başvuruda bulunmuş ise, akreditif şartlarına uygun bulunmayan ve saiki bulunduğu haliyle kabul etmek. Burada da dikkat edilmesi gereken nokta, amir bankanın hiçbir zaman bir yükümlülük altına girmediğidir. Yani, akreditif şartlarına uygun bulunmayan vesaiki akreditif amiri kabul etse dahi, banka bu kabulü onaylamak ve kabul doğrultusunda hareket etmek zorunda değildir. Bunun önemi, özellikle iyiniyet kurallarına aykırı hareket eden akreditif amiri ve lehtarın işbirliği yapmaları halinde kendini gösterir. Hele akreditif kuvertürü bankaca açılan bir kredi ile karşılanmışsa, bu husus çok büyük önem kazanacaktır.

Buna mukabil, uluslararası yeknesak kurallar uygulanamıyor ve ülkenin yerel genel hukuk kuralları uygulanıyor ise, o takdirde, akreditif amiri akreditif ilişkisinin en büyük patronudur ve amir banka ile görevlendirilmiş bankalar onun talimatına harfiyen uymak zorundadır.

D) AKREDİTİF AMİRİ VE AMİR BANKA İLİŞKİSİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ:

Bu ilişkiyi de, yukarıda belirttiğimiz hallere göre farklı yorumlara tabi tutmamız gerekir. Şayet taraflar arasında, yukarıda açıkladığımız surette bir kural uygulanması anlaşması var ve somut akreditife uluslararası yeknesak kurallar öncelikli olarak uygulanacak ise, taraflar arasındaki ilişkinin, SUİ GENERIS BİR AKDİ İLİŞKİ olduğu ve bu ilişkinin hükümlerinin uluslararası yeknesak kurallarda yer aldığını söylememiz gerekir. Yerli, yabancı birçok müellif, bu ilişkiyi vekalet ilişkisi olarak yorumlamakta iseler de biz bu görüşe kesinlikle katılmıyoruz. Çünkü vekalet ilişkisi, özellikle de Türk İsviçre Hukukunda sıkı bir tabiiyet rabitasını gündeme getirir (Soumission). Borçlar Yasası'nın 389. maddesine göre, VEKİL, MÜVEKKİLİN SARIH TALİMATINA MUHALEFET EDEMEZ. Bu tabiiyet öylesine katı ve vazgeçilmez bir nitelik taşır ki, aynı maddenin 2. fıkrasına göre, ancak hal icabına göre, müvekkilden mezuniyet istihsaline olanak bulunmamakla beraber, şayet imkan olup da istizan olursa idi, müvekkilin muvafakat edeceği derkar bulunan hususlarda inhiraf edebilir). Bu hükümden anlaşılan odur ki, vekil müvekkilin iradesine öylesine bağımlıdır ki, bu iradeyi öğrenmesine imkan bulunmayan hallerde bile, bu iradenin ne suretle tecelli edeceğini tahmin edecek ve o doğrultuda görevini ifa edecektir. Buradaki TABİİYET (Soumission) kafidir, mutlaklıdır.

Buna mukabil uluslararası yeknesak kurallarda, durum tamamen tersine işler. Amir banka, akreditif amirinin hiçbir talimatına uymak ve özellikle de ödemeyi yapmak veya yapmamak hususlarında hiçbir önerisini dikkate almak zorunda değildir. Ayrıca, uluslararası yeknesak kuralların SÖZLEŞMELER KARŞISINDA AKREDİTİFLER başlıklı 3. maddesine göre, (... akreditifler, doğaları itibarıyla dayandırılacakları satış sözleşmelerinden veya diğer sözleşmelerden ayrı işlemlerdir ve akreditifte her ne şekilde olursa olsun bu sözleşmelere değinilmiş olsa dahi, bu sözleşmeler bankaları ilgilendirmez. Dolayısıyla bir bankanın akreditife ilişkin ödeme, poliçe kabul etme ve iştirah veya diğer herhangi bir yükümlülüğü, amirin, amir banka veya lehtarla olan ilişkisinden kaynaklanan taleplerine ve savunmalarına tabi değildir....). İmdi, amir bankanın, akreditif amirinin hiçbir talimatını nazara almadığı ve münhasıran kendi iradesini yansıtarak ifa ettiği bir fonksiyonu, vekalet ilişkisi olarak nitelendirmek bir yanılğı olduğu gibi, çok aykırı hukuksal sonuçlara varılmasını da intaç eder. Diğer taraftan, vekalet ilişkisinde, tüm işlemler müvekkilin hukuksal alanında hüküm ve sonuç yaratır ve vekili 3. şahıslara karşı kural olarak hiçbir sorumluluk altına sokmaz iken, uluslararası yeknesak kurallarda gerek amir banka ve gerekse görevlendirilmiş bankalarının (nominated bank) yüküm ve sorumlulukları ASLİ nitelik taşır. Uluslararası yeknesak kurallara göre, (... akreditifte şarta bağlanan vesaiğin görevli bankaya ibrazı ve akreditif şartlarına uygunluğunun saptanması kaydıyla, dönülmez

bir akreditif, amir bankanın KESİN BİR YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ OLUŞTURUR...). Amir bankanın lehtara karşı asli ve kesin bir yükümlülük altına girdiği bir ilişkinin vekalet olarak nitelendirilmesi kanımızca mümkün değildir. Dolayısıyla, uygulamada bazı bankaların, vekalet kalkını ardına sığınıp, müvekkilin talimatı ile ödeme yükümlülüğünden kendini kurtarması mümkün değildir. Buna mukabil, uluslararası yeknesak kuralların uygulama alanı bulmadığı ve yerel genel kuralların uygulandığı hallerde, Borçlar Yasası'nın vekalet hükümlerinin cari olacağı ve amir bankanın, ödeme veya ödememe dahil, akreditif amirinin her talimatına uymakla yükümlü bulunacağı izahtan varestedir. Amir bankanın hilafına hareketi, onun akreditif amirine karşı sorumlu kılınması sonucunu doğurur.

E) AKREDİTİF HUKUKUNDA İHTİYATİ TEDBİR:

Uygulamada, birçok akreditif amirinin mahkemelere müracaatla, akreditif ödemesinin durdurulması için ihtiyati tedbir talebinde buldukları görülmektedir. Burada da, yukarıdaki satırlarda açıkladığımız ayrımı yapmak ve ihtiyati tedbir taleplerini iki ayrı hale göre değerlendirmek gerekir.

Somut akreditife uluslararası yeknesak kuralların öncelikli olarak uygulandığı hallerde, akreditif amirinin mahkemelerden böyle bir talepte bulunmaya ne hakkı ne de yetkisi vardır. Çünkü yukarıdaki satırlarda da açıkladığımız veçhile ile, uluslararası yeknesak kuralların uygulandığı hallerde, akreditif amirinin, akreditif ilişkisinde herhangi **bir** fonksiyonu bulunmamaktadır. Akreditif amirinin akreditif açılması talimatı vermek ve amir banka diler ve onay verirse akreditif şartlarına aykırı bulunan ve saiki kabul etme dışında hiçbir fonksiyon ve yetkisi bulunmamaktadır. Tabiri caiz ise, bu ilişkide akreditif amiri bir figürandan başka bir şey değildir. Çünkü lehtar ile, aralarında yaptıkları temel sözleşmeye göre, semenin ödenmesi, akreditif açılması suretiyle gerçekleşecek ve bu aşamadan sonra semenin ödenmesinden (akreditif bedeli) MÜNHASIRAN AMİR BANKA ve şayet varsa GÖREVLENDİRİLMİŞ BANKALAR sorumlu olacaklardır. Hatta birçok müellefin görüşlerinin hilafına, özellikle de, akreditif kuvertürünün akreditif amiri tarafından amir bankaya peşinen ödenmiş bulunduğu ahvalde, akreditif amirinin herhangi bir nedenle akreditif bedelini (semeni) tahsil edememiş olması nedeniyle, akreditif amirine müracaatı mümkün olamayacaktır. Burada, akreditif bedelini ödeme yükümü ve sorumluluğu mühasıran amir banka ve varsa diğer görevli bankalara ait olduğu cihetle, ödeme yükümlüsü yerine, bu yükümlülüğü haiz bulunmayan akreditif amirinin, mahkemelere müracaatla ihtiyati tedbir istihsal ederek ödemeleri durdurmaları mümkün değildir. Çünkü bu ilişkide bir SIFAT ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ yoktur. Amiyane bir ifade kullanmak gerekirse, DAVUL BANKALARIN BOYNUNDA İKEN, TOKMAĞIN AKREDİTİF AMİRİNİN ELİNE VERİLMESİ, HUKUKA UYGUN BİR DAVRANIŞ DEĞİLDİR.

Buna mukabil, uluslararası yeknesak kuralların uygulama alanı bulunmadığı ve Borçlar Yasası hükümlerinin cari bulunduğu hallerde, vekil, müvekkilin her türlü talimatına kayıtsız, şartsız uymakla yükümlü bulunduğu cihetle, akreditif amirinin, amir bankaya vereceği bir talimatla akreditif ödemesini durdurması her zaman mümkün ve talimata uymayan bankanın, akreditif amirine karşı sorumlu olacağı *derkardır*. Binaenaleyh, bu halde de, akreditif amirinin mahkemelere müracaatla, bir ihtiyati tedbir talep etmesine gerek bulunmamaktadır. Böyle bir talep halinde, mahkemelerin, talebin gereksizliği nedeniyle, ihtiyati tedbir istemini reddetmeleri gerekir.

Buraya kadar, uygulama ve doktrinde bazı taşların yerine oturmasını naçizane sağlamak istedik. Bundan sonra da, bu alanda çalışmalar yaparak, uygulamacılara karınca kararınca yararlı olmaya çalışacağız.



PASİF DEVRE MADDİ TAZMİNAT HESAPLAMALARINDA DOĞRULAR VE YANLIŞLAR

Av. Fahri TAN

1) PASİF DEVRE MADDİ TAZMİNAT HESABININ ANLAMI ve AMACI

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi kadın erkek ayırımı yapılmaksızın insan yaşamının 60 yaşından sonraki bölümünü “pasif devre” olarak kabul etmiştir.

Pasif devrenin maddi tazminat hesabına dahil edilmesinin nedeni olarak da malul kalanlar yönünden, bu kişilerin **“yaşlılık aylığını da diğer kişilerden daha fazla çaba harcayarak elde edeceği”** görüşüne dayandırmıştır.

Ölüm durumunda pasif devre için maddi tazminat hesaplanmasının amacı da, yoksun kalınan yaşlılık aylığı olarak açıklanabilir.

Nitekim Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin bu konuda emsal nitelikteki 27.9.2005 gün, 2005/2533 Esas ve 2005/8329 sayılı kararında “...İş kazası sonucu malül kalan işçinin aynı işinde çalışmaya devam etse dahi diğer işçilerden daha fazla çaba harcadığı asıldır. **60 yaşından sonra elde edeceği yaşlılık aylığında diğer işçilerden daha fazla çaba harcayarak elde edeceğinden yaşlılık aldığı dönemde de devam edecek malüliyeti nedeniyle zarara uğramadığından söz edilemeyeceği...**” belirtilmiştir.

2) AKTİF VE PASİF DEVRE MADDİ TAZMİNAT HESAPLAMA YÖNTEMİ

Maddi tazminatın nasıl hesaplanacağı Yargıtay kararlarında detaylı biçimde izah edilerek, bilirkişilere YÖNTEM konusunda takdir hakkı tanınmamıştır.

Yargıtay 9, 10, 11 ve 21. Hukuk Daireleri son 15 yıl içerisinde oluşturulup kökleşen içtihatlarında; bilinen-işlemiş dönem kazançlarının (ya

da kazanç kaybının) somut verilere (ücretlere) göre artış ve iskonto yapılmaksızın hesaplanması; bilinmeyen-işleyecek dönem kazançlarının (ya da kazanç kaybı) peşin değerlerinin ise, bilinmeyen dönem başlangıcındaki bir yıllık kazancın her yıl için ayrı ayrı %10 artış ve %10 iskontoya tabi tutularak hesaplanması, 60 yaşından ömür sonuna kadarki PASİF DÖNEMDE elde edeceği kazançlarının da yine ortalama yöntemine başvurulmaksızın her yıl için %10 artış ve %10 iskonto yöntemiyle hesaplanması gerektiği belirtilmiştir.

3) UYGULAMADAKİ SORUNLAR

Ülkemizde gerek ölüm nedeniyle ortaya çıkan destek ve gerekse kalıcı şekilde beden bütünlüğünün bozulmasından kaynaklanan zararların hesaplanması yönteminde, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin müstakar içtihatlarına rağmen halen düzenli ve ortak bir uygulamanın olmadığı görülmektedir.

Maddi Tazminat hesabının ilke ve yöntemleri Yargıtay 21.Hukuk Dairesinin hemen hemen tüm kararlarında zikredilmekte ise de,

Son zamanlarda, maddi tazminat hesaplamalarına ilişkin bazı maddi tazminat hesap raporlarında, bilirkişilerin Yargıtay'ın ilgili dairelerince belirlenen ve benimsenen hesaplama yönteminin dışına çıkarak rapor tanzim ettikleri görülmektedir. Raporlarında *işleyecek aktif devre hesaplamasında her yıl için ayrı %10 artış ve %10 iskonto yöntemine itibar eden ve aktif devre zararı belirleyen bazı bilirkişilerin, özellikle pasif devre zarar hesaplarının değerlendirilmesinde, her nedense, her yıl için ayrı ayrı %10 artış ve %10 iskonto esaslı hesaplama yöntemini uygulamadıkları* görülmektedir.

Uygulamada sıklıkla hatalı iki hesaplama yöntemiyle pasif devre hesaplamaları yapıldığını gözlemlemekteyiz.

a) Bir kez %10 arttırım ve mükerrer iskonto katsayısı uygulanmak suretiyle veya

b) Bir kez %10 arttırım ve sabit bir iskonto kat sayısı esas alınarak rapor tanzimi yoluna gidilmektedir.

Yargıtay kararlarında benimsenen ilke ve yöntem uyulmaması sonucunda, hesaplanan pasif devre kazanç/kazanç kaybı peşin değeri **ikinci defa iskontoya tabi tutulduğunda, maddi** tazminat eksik hesaplamaktadırlar. bu yöntem, eski (15 yıl önceki) yöntemin tekrarıdır ibarettir.

Nitekim, bunu fark eden Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, bir kararında pasif devre maddi zarar hesabının her yıl için ayrı ayrı %10 artış ve %10 iskontoya tabi tutulduktan sonra, ikinci defa iskontoya tabi tutulamayacağı açıkça belirtme gereği duymuştur.

Yüksek Yargıtay'ın pasif devre kazanç/kazanç kaybı hesabında %10 artış ve %10 iskonto işlemi yapıldıktan sonra ikinci iskonto yapıla-

mayacağı, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 2002/1386 E. ve 2002/2468 Karar sayılı emsal içtihatında

“...YAŞLILIK GELİRİNİN, PASİF DEVREDE ULAŞACAĞI MİKTAR BELİRLENİP, 60 yaşından itibaren her yıl ayrı ayrı %10 artış ve iskonto uygulanmak suretiyle pasif devre kazanç kaybı hesaplanması yerine, HESAP TARİHİNDEKİ YAŞLILIK GELİRİNİN PASİF DEVRENİN 6.YILINDAKİ İSKONTO KATSAYISI İLE ÇARPILMAK SURETİYLE zararın noksan belirlenmesi isabetsizdir.....”açıkça belirtilmiştir.

4) YARGITAY’IN GÖRÜŞÜ VE BUNA UYGUN ÖRNEK HESAPLAMA

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin hesaplama yöntemine ilişkin görüşü;

a) İşçinin günlük net geliri tesbit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı,

b) Bilinmeyen dönemdeki kazancının ise; yıllık olarak % 10 arttırılıp % 10 iskontoya tabi tutulacağı.

c) 60 yaşına kadar (aktif) dönemde, 60 yaşından sonrada bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde de yine Ortalama Yöntemine Başvurulmadan Her Yıl İçin Ayrı Ayrı %10 artış ve %10 iskontoya göre hesaplanacağı yönündedir.

5) YARGITAY KARARLARINA UYGUN ÖRNEK

35 yıl aktif ve 6 yıl pasif devresi olan asgari ücretli, %9 maluliyet ve %80 kusur durumuna göre zarar hesabı Tabloda yer verilmiştir.

Kazalının İşleyecek aktif devre başındaki aylık net kazancı yasal aylık asgari ücret(585,00 YTL:BRÜT) = 419,15 YTL Net									
Kazalının İşleyecek aktif devre başındaki 1 yıllık kazancı = 5.029,80 YTL									
YILLAR	Aylık Net ücret		Ay		%10 Artış Katsayısı		%10 İskonto K.sayısı		Peşin Değerler
1.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	1,10000000000	x	0,9090909091	=	5.029,80 YTL
2.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	1,21000000000	x	0,8264462810	=	5.029,80 YTL
3.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	1,33100000000	x	0,7513148009	=	5.029,80 YTL
4.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	1,46410000000	x	0,6830134554	=	5.029,80 YTL
5.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	1,61051000000	x	0,6209213231	=	5.029,80 YTL
6.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	1,77156100000	x	0,5644739301	=	5.029,80 YTL
7.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	1,94871710000	x	0,5131581182	=	5.029,80 YTL
8.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	2,14358881000	x	0,4665073802	=	5.029,80 YTL
9.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	2,35794769100	x	0,4240976184	=	5.029,80 YTL
10.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	2,59374246010	x	0,3855432894	=	5.029,80 YTL
11.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	2,85311670611	x	0,3504938995	=	5.029,80 YTL
12.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	3,13842837672	x	0,3186308177	=	5.029,80 YTL
13.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	3,45227121439	x	0,2896643797	=	5.029,80 YTL
14.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	3,79749833583	x	0,2633312543	=	5.029,80 YTL
15.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	4,17724816942	x	0,2393920494	=	5.029,80 YTL
16.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	4,59497298636	x	0,2176291358	=	5.029,80 YTL
17.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	5,05447028499	x	0,1978446689	=	5.029,80 YTL
18.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	5,55991731349	x	0,1798587899	=	5.029,80 YTL
19.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	6,11590904484	x	0,1635079908	=	5.029,80 YTL
20.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	6,72749994933	x	0,1486436280	=	5.029,80 YTL
21.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	7,40024994426	x	0,1351305709	=	5.029,80 YTL
22.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	8,14027493868	x	0,1228459736	=	5.029,80 YTL
23.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	8,95430243255	x	0,1116781578	=	5.029,80 YTL
24.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	9,84973267581	x	0,1015255980	=	5.029,80 YTL
25.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	10,83470594339	x	0,0922959982	=	5.029,80 YTL
26.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	11,91817653773	x	0,0839054529	=	5.029,80 YTL
27.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	13,10999419150	x	0,0762776844	=	5.029,80 YTL
28.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	14,42099361065	x	0,0693433495	=	5.029,80 YTL
29.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	15,86309297171	x	0,0630394086	=	5.029,80 YTL
30.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	17,44940226889	x	0,0573085533	=	5.029,80 YTL
31.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	19,19434249578	x	0,0520986848	=	5.029,80 YTL
32.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	21,11377674535	x	0,0473624407	=	5.029,80 YTL
33.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	23,22515441989	x	0,0430567643	=	5.029,80 YTL
34.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	25,54766986188	x	0,0391425130	=	5.029,80 YTL
35.YILDA	419,15 YTL	x	12	x	28,10243684806	x	0,0355841027	=	+5.029,80 YTL
Davacının 35 yıllık %10artış ve %10 iskontolu aktif devre gelirleri peşin değer toplamı									= 176.043,00 YTL
Pasif devre hesabında halen SSK'ca uygulanan en düşük emeklilik aylığı (527 YTL). esas alınarak									
(Yasal aylık asgari ücret üzerinden kazanç elde edenlere ödenen emeklilik aylığı 527.00 YTL'DİR)									
PASİF DEVRE BAŞLANGIÇI					%10 Artış Katsayısı		%10 İskonto Katsayısı		
36.YIL	527,00 YTL	x	12	x	30,91268053287	x	0,0323491843	=	6.324,00 YTL
37.YILDA	527,00 YTL	x	12	x	34,00394858616	x	0,0294083494	=	6.324,00 YTL
38.YILDA	527,00 YTL	x	12	x	37,40434344477	x	0,0267348631	=	6.324,00 YTL
39.YILDA	527,00 YTL	x	12	x	41,14477778925	x	0,0243044210	=	6.324,00 YTL
40.YILDA	527,00 YTL	x	12	x	45,25925556818	x	0,0220949282	=	6.324,00 YTL
41.YILDA	527,00 YTL	x	12	x	49,78518112499	x	0,0200862983	=	+6.324,00 YTL
Davacının 6 yıllık %10artış ve%10 iskontolu pasif devre gelir peşin değer toplamı									= 37.944,00 YTL

a) 35 yıl işleyecek aktif devre zararı :

176.043,00 YTL x %9 mal x %80 kusur = 12.675,09 YTL

b) 6 yıllık işleyecek pasif devre zararı:

37.944,00 YTL x %.9 mal x %80 kusur = + **2.731,96YTL**

c) Toplam Tazminat

= 15.407,05 YTL

6) YANLIŞ HESAPLAMA ÖRNEKLERİ

Aynı örnek olay (35 yıl aktif ve 6 yıl pasif devresi olan asgari ücretli, %9 malül ve davalının %80 kusurluluğuna göre zarar hesabı) esas alınarak,

Yargıtay'ca belirlenen hesaplama yöntemin dışına çıkılarak pasif devre hesabında kullanılan farklı yöntemlere göre pasif devre zarar hesapları.

Yanlış Yöntem 1

Bir kez %10 artışa karşılık, mükerrer iskonto

kat sayıları nazara alınarak düzenlenen raporlar:

Pasif devre hesabında her yıl için ayrı ayrı %10 artış ve %10 iskonto-lama yöntemine göre hesaplama yapılması gerekirken, **bir yıl için %10 artış yapıp, 35.yıla isabet eden iskonto katsayısı ile çarpılarak hesaplama yapılan bilirkişi rapor örneği:**

6 yıllık pasif devre gelirleri toplamı ;

527,00 YTL x 12 ay x 1.10 artış x 0.0355 iskonto x 6 yıl = 1.481,70 YTL

Bir işçinin 6 yıllık emeklilik gelirinin 1.481,70 YTL'lik olacağı kabul edilmektedir. Yani, **bu tarz yanlış hesaplama yöntemini benimseyen bilirkişiler işçinin aylık emeklilik gelirinin de 1481,70 /6 yıl /12 ay = 20,5 YTL olduğu kabul edilmektedir.**

Halen memleketimizde yürürlükteki ödenen en düşük emeklilik **maasşı 527 YTL**'si iken, günümüzden 35 yıl sonrası için BELİRLENECEK MUHTEMEL YAŞLILIK AYLIĞI bu tür hatalı hesaplamalar neticesinde **20.5 YTL** olarak belirlenmekte ve hesaba esas alınmaktadır.

Akıl ve mantık dışı bu hesaplamanın ayrıntısı raporlardan anlaşıl-madığı (Yargıtay'ın ifadesiyle denetim ve izlemeye elverişli olmadığı) için Mahkemelerce de bu raporlar kabul görmektedir.

Günümüzden 10 yıl öncesinde **1.7.1997 yılında** memleketimizde uygulanılan en düşük emeklilik aylığı 30,54 YTL'dir. 1997 yılı Temmuz ayı

itibarıyla SSK emekli aylığının 30,54 YTL olduğuna dair Milliyet Gazetesi kupürü yandadır.

Şu önemli hususu bir kez daha vurgulamak gerekirse 10 yıl önceki bilinen en düşük emekli aylığı miktarı olan 30,54 YTL'nin dahi altında kalan 20,5 YTL'lik tutarı yaşlılık aylığı olarak hesaba esas alan bir hesaplama tarzının tamamen hatalı olduğu gün ışığı gibi ortadadır. Bu yöntemle hesaplama tazminat hukukunun tüm prensiplerine aykırıdır.

Böylesi bir raporda, zarar görenin pasif devre emeklilik geliri bir kez artırılıp 35 kez eksiltilmektedir ki, bu tarz hatalı hesaplamalar sebebiyle, maddi tazminatlar çok eksik hesaplanmaktadır.

(6) yıllık emeklilik geliri:

$527,00 \text{ YTL} \times 12 \text{ ay} \times 1,10 \text{ artış} \times 0,0355 \text{ iskonto} \times 6 \text{ yıl} = 1.481,70 \text{ YTL}$

6 yıllık işleyecek pasif devre zararı :

$1.481,70 \text{ YTL} \times \%9 \text{ mal} \times \%80 \text{ kusur} = 106,68 \text{ YTL' dir.}$

Bu tür hesaplamalarda, Her yıl için ayrı ayrı %10 artış yapmadan sadece 35 yıl geriye doğru iskonto yapıldığından, içtiharlarla benimsenen yöntemle göre olması gereken **2.731,96 ytl'lik pasif devre zararı** mükerrer iskontolarla **106,68 YTL'si** olarak hesaplanmaktadır.

Yanlış Yöntem -2 -:

Bir kez %10 artışa karşılık, pasif devre yıl

karşılığı sabit iskonto kat sayısı nazara alınarak tanzim olunan raporlar:

Bu yöntemle yapılan PASİF DEVRE HESAPLAMASINDA İSE, her yıl için ayrı ayrı %10 artış ve ayrı ayrı %10 iskonto katsayıları yerine, sadece pasif devre süresine karşılık gelen %10 iskonto kat sayısına (6 yıl için: 0.5644 iskonto katsayısı) itibar olunarak, hesaplama yapılmaktadır ki.

(6) yıllık emeklilik geliri ; $527,00 \text{ YTL} \times 12 \text{ ay} \times 1,10 \text{ artış} \times 0,5644 \text{ İskonto} = 3.926,19 \text{ YTL}$

6 yıllık pasif devre zararı : $3.926,19 \times \%9 \text{ mal} \times \%80 \text{ kusur} = 282,68 \text{ YTL}$ olmaktadır.

Bu 2. yanlış hesaplama yönteminde de, 6 yıla karşılık gelen emeklilik gelir toplamı 3.926,19 YTL olup, aylık emeklilik geliri 55,00 YTL ye te-

En düşük işçi emekli aylığı 30 milyon oldu

İŞÇİ emeklilerinin aylıklarında, 1 Temmuz tarihinden geçerli olmak üzere yüzde 35 oranında artış gerçekleştirildi. İşçi emeklilerinin aylıklarındaki artış maaş katsayısındaki yükselmenin yanı sıra gösterge tablosunda yapılan yeni düzenlemelerle sağlandı. Hazırlanan kararnamede, işçi emeklilerinin aylıklarının hesabında esas alınan katsayı 3315'ten 4475'e yükselirken, emekli aylığı göstergelerine de 525'er puan eklendi. Böylece en düşük gösterge 7730'dan 8255', en yüksek gösterge ise 13385'ten 13910'a çıktı. Yeni katsayı ve gösterge rakamlarına göre, en düşük emekli aylığı, yüzde 70 bağlama oranına göre, 22 milyon 627 bin 465 liradan, 30 milyon 548 bin 788 liraya yükseldi. En yüksek emekli aylığı da, yüzde 70 bağlama oranına göre, 35 milyon 749 bin 893 liradan, 48 milyon 263 bin 75 liraya çıktı.

SSK prim tavanı

Öte yandan, tavan göstergenin yükselmesi nedeniyle, 44 milyon 371 bin 275 lira olan sigorta prim tavanı da, 17 milyon 875 bin 975 lira artacak. Buna göre, sigortalıların ücretlerinin 62 milyon 247 bin 250 liraya kadar olan bölümünden SSK primi kesilecek.

www.ssk.gov.tr sitesinde yayınlanan emekli maaş tablo örneği:				
TABLO24- EMEKLİ AYLIK SEVİYELERİ (TL.) (Level Of Pensions)				
AYLAR AYLIK	ASGAR AYLIK (*)	AZAMI Artış Oranı(%)	Asgari Aylık (%)	TÜFE
2000 OCAK	88.975.810	168.610.000		
ARALIK	119.051.010	214.168.461		
		Toplam artış oranı	43,7	39,0
2001 OCAK	121.910.036	250.934.396		
ARALIK	196.036.344	414.591.657		
		Toplam artış oranı	67,3	68,5
2002 OCAK	202.159.427	469.289.639		
ARALIK	257.051.528	525.473.523		
		Toplam artış oranı	31,9	29,7
2003 OCAK	332.051.528	715.473.472		
ARALIK	332.051.528	712.865.087		
		Toplam artış oranı	20,0	18,4
2004 OCAK	364.787.681	771.154.493		
ARALIK	400.797.499	989.071.089		
		Toplam artış oranı	21,0	9,3
2005 OCAK	424.563.949	1.183.690.000		
ARALIK	449.756.386	1.177.740.000		
			12,3	10,53
2006 OCAK -HAZİRAN(**) (YTL)	481,45	1.303,32		
2006 TEMMUZ-ARALIK(***) (YTL)	495,75	1.391,74		
			10,2	
2007 OCAK -HAZİRAN(****) (YTL)	527,37	1.478,10		

kabül etmektedir. Halen uygulanan aylık asgari emeklilik maaşı 527,00 YTL'dir.

Bu tür hesaplamaların hatalı olduğuna dair, Yargıtay 21.Hukuk daire-sinin son derece güzel kararı ekte olup, somut olayla birebir örtüşen 26.3.2002 tarih 2002/1386 E. ve 2002/2468 Karar sayılı ilamında da "...YAŞLILIK GELİRİNİN, PASİF DEVREDE ULAŞACAĞI MİKTAR BELİRLE-NİP, 60 yaşından itibaren her yıl ayrı ayrı %10 artış ve iskonto uygulan-mak suretiyle pasif devre kazanç kaybı hesaplanması yerine, HESAP TA-RİHİNDEKİ YAŞLILIK GELİRİNİN PASİF DEVRENİN 6. YILINDAKİ İSKONTO KATSAYISI İLE ÇARPILMAK SURETİYLE zararın noksan belirlenmesinin isabetsiz..." olduğu belirtilerek, pasif devre maddi zarar hesabının nasıl yapılacağı ÇOK AÇIK OLARAK izah edilme gereği duyulmuştur.

7) EMEKLİLİK AYLIKLARINDAKİ FARKLILIKLAR:

Maddi tazminat raporlarındaki, pasif devre hesabındaki yöntem fark-lılığın dışında, diğer önemli bir sorun ise, YAŞLILIK GELİRİNİN, PASİF DEVREDE ULAŞACAĞI MİKTARIN BELİRLENMESİNDE ORTAYA ÇIK-MAKTADIR. Ancak ilgili Sosyal Güvenlik kurumlarının internet sahifele-rin de, her ay itibarıyla yürürlükte olan ve fiilen ödenen en düşük ve en yüksek emeklilik aylıklarının tabloları yayınlanmakta ise de, raporlarda neye dayanılarak belirlendiği anlaşılamayan miktarlar esas alınarak he-saplama cihetine gidilmektedir.

İlgili tabloya göre, SSK'ca 2007 yılı Ocak Haziran ayları arası uygulanmakta en düşük emeklilik aylığı 527,37 YTL olup, en yüksek emeklilik geliri 1.478.10 YTL'dir. Asgari ücretle çalışan düz ve vasıfsız bir işçi için hesaba esas alınacak yaşlılık aylığı 527,37 YTL'dir.

Yüksek Yargıtayca belirlenen hesaplama yöntem ve ilkelerini dikkate alarak yapılan hesaplamalarda pasif devre kazanç hesabında bize göre olması gereken önemli sorun, hangi kazanca hangi emeklilik aylığının uygulanacağıdır.

Sosyal Güvenlik Kurumunca, Yasal aylık asgari ücret üzerinden kazanç elde eden (585 YTL Brüt) işçiye emekli olduğunda en düşük emeklilik aylığı olan 527,37 YTL ödenmektedir.

Sigortanın belirlediği süre boyunca sigorta primine esas kazancı olarak bildirilen Aylık kazancı 1500,00 YTL brüt olan işçinin elde edebileceği muhtemel emeklilik geliri ise yaklaşık 800,00 YTL'dir. Ücretlerle, emekli maaşları doğru orantılı bir artış göstermemekte olup halen tavan sigorta primine esas aylık ücret 3.802,00 YTL iken, bu ücrete karşılık elde olunacak en yüksek emeklilik maaşı ise 1.478 YTL'dir.

Kazançlardaki 6.5 kat fazlalığa karşılık, emekli maaşındaki fark oran 2,8 katıdır. Maaş arttıkça, emekli maaşı da aynı oranda artmamaktadır. Pasif devre maddi tazminat hesabındaki her bir dava arasındaki farklılık, zarar görenin prime esas kazancı ve buna göre pasif devre maddi tazminat hesabına esas alınan kazanca ilişkin olması gerekirken; Yargıtay'ın onlarca kararına rağmen bilirkişilerin ve hatta bazı bilirkişilerin farklı dosyalarda pasif devreye ilişkin farklı farklı yöntemler uyguladıklarını görmekteyiz.

8) SON OLARAK ŞU HUSUSU EKLEMEMİZ GEREKİR (PASİF DEVRE KAZANCA İLİŞKİN YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİNİN GÖRÜŞ DEĞİŞİKLİĞİ)

-Şu hususu hemen belirtelim ki; görüş değişikliği pasif devre maddi tazminat hesabına esas alınacak KAZANCA İLİŞKİNDİR, YÖNTEME İLİŞKİN DEĞİLDİR. Görüş değişikliğine ilişkin içtihatlar da, yöntem yukarıda açıkladığımız ilkelere uygun olması gerektiği vurgulanmıştır.

-Bu yılın (2007) ilk çeyreğinde Yargıtay 21. Hukuk Dairesi tarafından, pasif devre maddi tazminat hesabının yöntemine değil, hesaba esas alınacak kazanca ilişkin bir görüş değişikliğine gidilmiştir.

-YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİNİN PASİF DEVRE HESAPLAMA YÖNTEMİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLERİNİ AÇIKLAYAN EN SON İÇTİHADI ekte olup, 03.07.2007 tarih 2007/9613 E. ve 2007/10822 Karar sayılı bu ilamında "...**asgari ücretin her yıl için ayrı ayrı yıllık olarak %10 arttırılıp % 10 iskontoya tabi tutulmak suretiyle 60 yaşından sonra bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan hesaplanması gerekirken**, SSK tavan yaş-

lılık aylığının esas alınmak VE BİR KEZ ARTIŞ UYGULANMAK SURETİYLE PASİF DEVRE ZARARININ NOKSAN HESAPLANDIĞI ANLAŞILMAKTA İSEDE, maddi tazminatın taleple bağlı olarak hüküm altına alındığının anlaşılmasına ve BU YANLIŞLIĞIN İLERİDE AÇILMASI MUHTEMEL EK DAVADA GİDERİLMESİNİN MÜMKÜN BULUNMASINA...” belirtilerek, bir kez artış yapmak suretiyle hesaplama yapmakta ısrar edilen raporların hatalı olduğu, bu tür raporlarda maddi tazminatın eksik hesaplandığını, **pasif dönemde de her yıl için ayrı ayrı %10 artırım ve %10 iskonto-ya tabi tutularak hesaplama yapılması gerektiği özellikle vurgulanmıştır.**

- Bu kararlarda, pasif devre maddi tazminat hesabının, rapor (ya da hüküm) tarihinde yürürlükte bulunan yasal asgari ücretler üzerinden hesaplanması istenmektedir.

Yani, zarar görenlerin 60 yaşından sonra da çalışacağı, ancak 60 yaşından önceki ücret ve kazançlarını elde edemeyecekleri, yasal asgari ücret kadar ücret ve kazanç elde edebileceklerinin düşünüldüğü kanaatindeyiz.

-Ancak; bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira, 60 yaşından sonra da çalışabilenlerin yasal asgari ücretin üstünde bir kazanç elde etmeleri mümkün ve hatta baskın olasılıktır. Genellikle, 60 yaşından sonra çalışanlar kişisel bilgi, beceri ve deneyimlerine dayanan ve bilek gücü istemeyen işleri yapmakta ve yüksek gelir elde ettikleri ve aranılır/bir bilen kişiler oldukları için çalışmayı sürdürdükleri görülmektedir. Bunlar; danışman ve üst düzey yöneticilerdir. Zarar görenin, olay tarihindeki fiili kazanç durumuna bakılarak, mensubu olduğu sosyal güvenlik kurumundan elde edebileceği muhtemel yaşlılık aylığı üzerinden pasif devre maddi tazminat hesabı yapılmasının en uygun yöntem olduğu ve Yüksek Yargıtay'ın tüm Dairelerinin öteden beri benimsediği kökleşmiş içtihatlardaki gibi **“ölüm nedeniyle mahrum kalınan yaşlılık aylığı ile maluliyet durumunda fazla efor sarfedilerek hak kazanılan yaşlılık aylığının”** ancak bu yöntemle tazmin edilebileceği görüşündeyim.

SONUÇ

-Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, maddi tazminatın hesaplanması yöntemini içtihatlarında tartışmaya ve takdire yer bırakmayacak şekilde belirlemiştir.

-Yargıtay'ca belirlenen ve benimsenen ilke ve yöntemin dışına çıkılması, farklı hesaplama yöntemlerine göre zarar hesabının yapılması, uygulamada bir birlik olmayışı, kimi kez aynı tür olayda farklı kişilerce ya da aynı kişilerce tanzim olunan raporlarda değişik sonuçlara varılması olgusunu getirmektedir. Yargıtay'ca benimsenen ilke ve yöntemin dışındaki hususlarda görüş bildirmek, eleştiriler yapmak akademisyenlerin işidir. Mahkemelerin kararına esas alınmak üzere düzenlenecek bilirkişi ra-

porlarının bilirkişinin kişisel görüşlerine değil, Yargıtay kararlarına uygun olması gerekir.

-Pasif devreye ait zarar hesabında her yıl için %10 artış ve%10 iskonto uygulamasına ilişkin yöntemi uygulamayan bilirkişilerin, tazminatın çok olması nedeniyle bu yola başvurdukları söylenmektedir. Böyle bir açıklama hukuksal ve objektif olmaktan uzaktır.

- Hukuki niteliği itibariyle hakimin yardımcısı ve danışmanı konumunda bulunan bilirkişinin, kendisine başvuru teknik konuda yetkin ve uzman olması, ve tarafsız bir tutum içinde raporunu tanzim etmesi gerekmektedir.

- Tazminatın çokluğunun indirim nedeni olmasının yasal koşulları Bkm. 44/2 de açıklanmış olup; çokluk kavramı-miktarın büyüklüğü kişiye, yargıca, zarar verenin ekonomik durumuna, ekonomik değerlere ve zamana göre değişken, kestirilemez, izafi bir kavramdır. Böyle bir ölçünün maddi tazminat hesaplamasına aktarılmasının yasalarda ve hukuk biliminde yeri yoktur.



HUKUK ETİĞİ

*Betül ASLAN**

I- TANIM

Bir ülkede yaşayan bireyleri ortak payda olan hak ve özgürlükler ekseninde birleştirme ve devlet erklerinin yetkilerinin sınırlarını belirleme ereği çerçevesindeki kurallar bütününe **hukuk** adı verilmektedir.

Belirli işlem veya eylemlerin gerçekleşmesinde dikkate alınması gereken değerler bütününe **etik** denir. Etik, egemen olduğu alanın içeriği ve ruhudur.

Hukuk kurallarının konmasında, uygulanmasında ve denetlenmesinde hukukun üstünlüğü amacının gerçekleşmesini sağlayan değerler bütününe ise **hukuk etiği** denir. Hukuk etiği iyiyi kötüyü veya haklıyı haksızı ayırt etme niteliğine sahiptir¹ ve özgür düşünme temelli bağımsız yargıyı sağlar². Adaleti dengeyle gerçekleştirir.

II- HUKUK ETİĞİNİN UNSURLARI

A- Bütün Zamanlara Cevap Verme

Hukuk etiği dün, bugün ve yarını kapsayan değerler bütünüdür³. Bir başka deyişle hangi zamanda yaşanılırsa yaşanılsın hukukun var olma amacı ve ilkeleri özünde aynıdır. Örneğin adam öldürme insanlık var olduğundan beri en büyük kötülüktür. Günümüzde de bu yargı değişmemiştir. Şu halde hukuk etiği deneyimlerin de etkisiyle tüm zamanlar için ortak kuralların varlığını ve yaşamasını sonuçlandırır.

B- Bütün İnsanları Kapsama

Hukuk etiği her ülkedeki, kültürdeki, dindeki vb. farklılıktaki bireyleri amacıyla birleştirir. Örneğin iftira Avrupa'dan Afrika'ya kadar hiçbir

(*) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

(1) **Ahmet Haluk Atalay**, " Sadece Hukuk Felsefesi ", Editör: Ahmet Haluk Atalay, Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş, İstanbul, Teknik Yayıncılık, 2004, s. 7.

(2) Ahlak, Ana Britanica, Hürriyet Gazetesi Dağıtım, C: 1, s.2002. Aktaran; **Yılmaz Aliefendioğlu**, " Etik Açısından Yargı Bağımsızlığı ve Yansızlığı", Editör: Osman Can – Ülkü Azrak – Yavuz Sabuncu – Otto Dependheuer – Michael Sachs, Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa, Fazıl Sağlam'a 65. Yaş Armağanı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2006, s.11.

(3) **Ernest Hirs**, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Uyarlayan; Selçuk Baran Veziroğlu, 3. b., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 145.

yerde hoş karşılanmaz. Ayrıca hukuk etiği devletin kutsanmasını değil bireyin devlet karşısında korunmasını sağlar. Çoğunluğun azınlığa, azınlığın çoğunluğa egemen olmasına set çekmekle birlikte günümüzde Avrupa ortak kimliğini oluşturan hukuk etiği yabancı-vatandaş arasındaki ayrımı bile giderme yönünde biçimlenmektedir.

Hukuk etiğinin bu yönü uluslararası hukuku karşımıza çıkarmıştır. Bu nedenle devletlerin ortak ilkeler doğrultusunda birbirlerine ödevleri vardır. Ulusal hukukta ırk, din, dil, bölge, servet ayrımı yapamama yönünde vatandaşların; uluslararası hukukta dayanışma hakları ekseninde devletlerin ödevlerini hukuk düzenler.

C- Evrensel İlkeleri İçerme

Hukuk etiğinin bütün zamanlara yanıt verme ve bütün insanları kapsama etmeninin sonucu olarak betimlenen bir diğer unsur, hukuk etiğinin evrensel ilkelere dayanmasıdır. İnsan hakları, demokrasi, hukuk devleti, hukukun üstünlüğü, eşitlik gibi ilkeler bütünleştirici ve birleştirici niteliğe sahiptir. Böylece hukuk kuralları meşru hale gelir ve hukukun ortak paydada bireyleri birleştirme amacı gerçekleşebilir.

Bu unsurun bir sonucu hukukun dine dayanmamasını içerir. Çağdaş Hukuk Anlayışı tarafından meşru kabul edilen görüş hukukun dine değil mantığa dayanmasıdır. Ayrıca hukuk yöreden yöreye değişemez, örf adet kurallarını meşrulaştıramaz. Örneğin dinde kadının örtünmesi gereğinden hareketle tüm kadınlara baş örtüsü kullanmaları yönünde yapılacak baskı hukukun yansızlığını ortadan kaldırır. Yine Güneydoğu Anadolu'daki töre cinayetleri o yörece benimsendiği gerekçesiyle yaptırma tabi tutulmazsa hukukun kollayıcı olma özelliği yok olur. Hukuk etiğinin bünyesinde ahlak kelimesinin içerdiği göreceli olma niteliği mevcut değildir⁴. Ayrıca hukuk ırkçı rejimleri bünyesinde barındıramaz. Çünkü hukuk herkesin hukukudur ve herkesi kapsayan ilkeler çerçevesinde vardır. Aksi halde ırkçılığın, dinin, örf ve adetin resmi olarak empoze edilmesi olasılığı belirir ki bu halde hukuk etiği yoktur. Hukuk etiği yoksa hukuk da aslında amacı dışında kullanılıyordur ve dolayısıyla yaşamıyordu.

D- Olması Gerekeni Amaç Edinme

Hukuk olanı değil olması gerekeni amaç edinir⁵. Bu nedenle ileriye dönük amaç ve uygulamada gelişme hukuk etiğinin gereklerindedir. Kuşkusuz hukukun temel ilkelerinin dolayısıyla hukuk etiğinin, tüm zamanlar için var olması amaçlanır.

Böylece hukuk dinamiktir ve bulunan zamanın gereksinimleri doğrultusunda yapılacakları belirler, bu sayede kamusal huzuru sağlar. Hukuk sadece varolanı güvenceleyip ileriye amaç edinmeseydi kuşkusuz geleceğe sekte vurulurdu.

(4) **H.L.A. Hart**, *Hukuk Özgürlük ve Ahlak*, Çev. Erol Öz, Ankara, Dost Kitabevi, 2000, s. 79.

(5) **Vecdi Aral**, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 92.

III- HUKUK ETİĞİNİN ETKİLEDİĞİ ALANLAR

A- Kural Koyma

Yukarıda sözedilen unsurlar doğrultusunda hukuk etiğine yaraşır kural koymak yasamanın ödevlerindedir. Örneğin parlamento kural koymada siyasi çıkar gereği bölgesel hukuka aykırılıklara göz yuman kurallar çıkarmamalıdır. Kural koyma hususu yeni anayasa yapmada asli kurucu iktidarın, anayasa değişikliklerinde türev kurucu iktidarın, yasa yapımında kurulu iktidarın ve diğer normlarda idarenin yetkisi dahilindedir. Hukuk etiğine yaraşır olan evrensel ilkelerin anayasa yapılmasında ölçü kural olması iken, bu anayasa ise diğer kuralların konmasında sınır olmalıdır.

B- Uygulama

Hukukun uygulayıcısı devletin erkleri, hukuku saptırmadan uygulamak zorundadır. Ancak hukuk kuralı hukuk etiğine aykırı ise bu kuralın uygulanmaması hukukidir. Çünkü gerçek hukuk hukuk etiği çerçevesinde biçimlenmiştir. Hukuk etiği keyfiliğe ve çıkar gruplarının egemenliğine set çeker.

C- Hukuku ve Uygulamayı Denetleme

Bu görev yargıçlar tarafından savcı ve avukatların katkısıyla birlikte gerçekleştirilir. Yargıç vicdanı hukukun uygulanmasında bir diğer ölçüt olduğuna göre burada amaçlanan hukuk etiğinin gerçekleştirilmesidir. Ancak bu sayede yasadaki boşluklar adalet ve hakkaniyete uygun doldurulabilir ve kamu yararını sağlayabilir. Avukat ve Savcı da kişisel çıkarla hareket etmeden yargıcı harekete geçirmelidir.

IV- HUKUK ETİĞİNİN SONUÇLARI

A- Hak ve Özgürlükleri Gerçekleştirme

Hukuk bir yanıyla bireylerin hak ve özgürlüklerini tanıyıp güvence-lerken diğer yanıyla devleti sınırlar ki bu da devletin işlem ve eylemlerinin sınırını hak ve özgürlüklerin belirlediği anlamına gelir.

B- Eşitliği Sağlama

Hukuk etiğinin evrenselliği unsurunun sonucu olarak hukuk bireylerin eşitliğini sağlar; sosyal dengeyi gerçekleştirir⁶. Farklı koşullardaki bireylerin devlet desteğiyle insan onuruna yakışan yaşam koşullarının asgari düzeyde eşitlenmesi yasa önünde, uygulamada eşitlik ve fırsat eşitliği ekseninde belirebilir. Böylece hukuk sosyal adalet belirlemektedir⁷.

(6) *Yasemin Işıktaç*, Hukuk Yazıları, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2004, s. 47.

(7) *Niyazi Öktem – Ahmet Ulvi Türkbağ*, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul, DER Yayınları, 2003, s. 58.

C- Fanatizme Karşı Koruma

Hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi ve eşitliğin sağlanmasının sonucunda bireyler belli grup ve ideolojilerin baskısı altında olmaz. Böylece iktidarın keyfiliği de engellenir. Hukuk etiği çoğunluk ve azınlığın keyfi egemen olması şeklinde beliren aşırılığa karşı olması gerekeni korur ve uzlaşma kültürünü bünyesinde barındırır.

D- Her Kesimde Ortak Mutluluğa Ulaşma

Hukuk etiği değerler bütünü olduğuna göre bireylerin de birliğini sağlar. Bu çeşitlilik birlik yönündendir. Çünkü sadece belli bir kesim değil her kesim hukuktan memnundur çünkü insanlığın ortak değerleri hukukun bünyesinde mevcuttur⁸.

E- Devletin İlerlemesi

Bireylerin eşit olduğu, hukuksuzlukların meşru görülmediği özde hukuk anlayışı herkesin her zaman mutlu olması sonucunu doğurur ki bu devletin de gönül birlikteliği ile var olmasını ve korunmasını sağlar. Ayrıca mantığın egemen olduğu sistemde bilim vardır ve bilim ve mantık devletin gelişmesine katkıda bulunur.

F- Dünya Halklarında Birliktelik

Hukuk etiğinin evrensel olması unsuru dünya halklarını da ortak paydada birleştirir. İnsanların gereksinimi ortak olunca dünya halklarının dayanışması ve dünyanın iki ortak değeri insan hakları ile insanlığın ortak malvarlığı hususunda dünya halklarının birlikteliği kaçınılmaz olmuştur.

G- Hukuk Etiğine Aykırı Uygulamaların Engellenmesi

Söz konusu hukuk kuralı bile olsa hukuk etiği içselleştirilmemişse ilgili kural özünde meşru değildir⁹. Kural koyma, uygulama ve denetlemede hukuk etiği en üst ölçü normdur. Hukuk etiği ancak kaynağı insan olan evrensel değerler çerçevesinde biçimlenebilir.

V- ÖNERİLER

Hukuk etiği hukukun var olma ve olgunlaşma nedenidir. Aklın egemenliğinde evrensel ilkeler çerçevesindeki değerler bütünü olmasından ötürü hukuk fakültelerinde etik dersi verilmesi hukukçuların etiği içselleştirmesini sağlayacaktır. Günümüzde rüşvet, yolsuzluk, adam kayırma vb. gibi olayların artması etiğin ne derece önemli olduğunun en önemli

(8) *Corpus Juris Civilis*'te "Adalet, diğerlerinin menfaatlerinin gözetilmek şartıyla herkese en çok menfaat sağlayan sürekli gaye"dir. **ARAL**, s. 169.

(9) **Adnan Güriz**, *Hukuk Felsefesi*, 6. b., Ankara, Siyasal Kitabevi, 2003, s. 19.

göstergelerindedir¹⁰. Ayrıca staj ve meslek hayatında da meslek içi eğitimlerle hukuk etiğine vurgu yapılması zorunludur¹¹. Hukuk kurumları ve öğreticileri de evrensel değerleri yaşamlarıyla içselleştirerek geleceğin hukukçularına örnek olmalıdır. Etiğin ulusal eşiği şüphesiz Anayasa'dır. Anayasanın sınırını ise evrensel ilkeler oluşturur. Bu nedenle kural koyucular da hukuk etiğiyle hareket etmelidir. Zaman ve ortam değişiklikleri izlenmeli ve etiğe aykırı gelişmeler kurumlardaki etik komisyonlarınca değerlendirilmelidir. Örneğin teknolojinin gelişmesi çeşitli yenilikler yaratır. Bu yenilikler insan yaşamına girdikçe hukukun konusu dahiline girer. Söz konusu yeniliklerin hukuk etiğine uygunluğu tartışmaya açılmalı ve bir sonuca bağlanmalıdır. Aksi halde hukuk ihtiyaçlara cevap veremez bir hale bürünebilir. Bunun için de bilime önem veren bir devlet ve toplumun varlığı şarttır. Hukuk toplumunun oluşması için de ilk ve orta öğretimde felsefe ve mantık derslerine yer verilmelidir. Görsel ve yazılı basının da hukuksal etiğe aykırı davranışları kamuoyuna taşımaması konusunda özen göstermesi ve halkı bilinçlendirmesi için devlet tarafından teşvik edilmesi gerekmektedir.

Hukuk etiği, hukukla bağlı hukuk devleti, hukuku içselleştiren hukuk toplumu ve özgür bireyi yaratır. Etiğin olmadığı hukuk, çeşitli güçlerin zorbalıklarını meşrulaştırma aracı olmaktan öte bir anlam taşımaz.

KAYNAKÇA

Anabritanica, Hürriyet Gazetesi Dağıtım C.1

Aliefendioğlu, Yılmaz, "Etik Açından Yargı Bağımsızlığı ve Yansızlığı", Editör: Osman Can – Ülkü Azrak – Yavuz Sabuncu – Otto Depenheuer – Michael Sachs, Özgürükler Düzeni Olarak Anayasa, Fazıl Sağlam'a 65. Yaş Armağanı, Ankara, İmaj Yayınları, 2006, s. 9 – 40.

Aral, Vecdi, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

Atalay, Ahmet Haluk, "Sadece Hukuk Felsefesi", Editör: Ahmet Haluk Atalay, Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş, İstanbul, Teknik Yayıncılık, 2004, s. 1 – 9.

Gürüz, Adnan, Hukuk Felsefesi, 6. b., Ankara, Siyasal Kitabevi, 2003.

Hart, H. L. A., Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, Çev. Erol Öz, Ankara, Dost Kitabevi, 2000.

Hırş, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Uyarlayan: Selçuk Baran Veziroğlu, 3. b., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.

İşıқтаç, Yasemin, Hukuk Yazıları, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2004.

Öktem, Niyazi – Türkbağ, Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul, DER Yayınları, 2003.

www.ahd-ist.org/hukukvicdan.pdf (10.05.2007)

www.istanbul.edu.tr/iletim/index.php?tm=3&sayfa=haraoka&halono=535&tarix=2005.05.01 (10.05.2007)

(10) www.istanbul.edu.tr/iletim/index.php?tm=3&sayfa=haraoka&halono=535&tarix=2005.05.01 (10.05.2007)

(11) www.ahd-ist.org/hukukvicdan.pdf (10.05.2007)

İPOTEĞİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLU İLE İLAMSIZ TAKİP

Fatma Burcu SAVAŞ*

GİRİŞ

İpotek¹, *muayyeniyet prensibine* uymak koşuluyla mevcut bulunan veya ileride doğması muhtemel ya da kesin olan bir alacak olmak üzere üç tür alacağı teminat altına alan bir taşınmaz rehni türüdür. Bu noktada önemli olan takip talebinde bulunulduğu anda alacağın muaccel olmasının gerekliliğidir.

Kural olarak, ipoteğin tesis ânında miktarı belli (muayyen) alacaklar için "anapara ipoteği" ("kesin ipotek", "sabit ipotek"), miktarı belli olmakla beraber ileride tahakkuku muhtemel veya kesin alacaklar için ise "üst sınır ipoteği" ("âzamî meblağ ipoteği") tesis olmaktadır².

Söz konusu ipotek çeşitleri, alacaklının borçlunun borcunu ödemesi halinde alacağını ispat ederek ipoteğin paraya çevrilmesini talep etmesi halinde takip hukukunda farklılaşma yaratmaktadır. Nitekim İcra ve İflas Kanunu'nun ("İİK") 149. maddesi anapara ipoteğine ilişkin iken, madde 149/b âzamî meblağ ipoteğine ilişkindir. Bir diğer deyişle alacaklı, ipotek akit tablosu³ kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarı içeriyorsa; ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip yoluna, bir cari hesap veya kredi açma sözleşmesi çerçevesinde kurulan ipotekler ile üst sınır ipoteği söz konusu olduğunda da ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız

(*) Bahçeşehir Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi

(1) İcra ve İflas Kanunu uygulamasında ipotek tabiri geniş anlamli olup; dar anlamdaki Medeni Kanun'a ("MK") göre kurulmuş ipotekler ile ipotekli borç senetleri, irat senetleri, gayrimenkul mükellefiyetlerini, gemi ipoteklerini, bazı gayrimenkuller üzerindeki hususi imtiyazları ve eski hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş gayrimenkul rehinlerini kapsamaktadır. Bkz. AYDOĞDU, Murat: "İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile İlamsız Takip", Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, s. 319-331.

(2) ERTAŞ, Şeref: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara 2005, s. 529; DAVRAN, Bülent: Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 46; ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 316; UYAR, Talih: "İpoteğin İlamsız Takip Yolu ile Paraya Çevrilmesi (İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile İlamsız Takip)", İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul Ocak-Şubat-Mart 1984, C. 58, S. 1-2-3, s. 44; AYDOĞDU, s. 321-322; KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2000, C. III, s. 2406; UYAR, Talih: İcra Hukukunda Rehinin Paraya Çevrilmesi ("Rehin"), Manisa 1992, s. 151.

(3) İpotek akit tablosu, ipotek tesisi hakkında tapu memuru tarafından düzenlenen resmi senettir.

takip yoluna başvurabilmektedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın ipoteğin niteliğine ilişkin olduğu bir Yargıtay kararında⁴; üst sınır ipoteği şu şekilde tanımlanmıştır; “(...) ipotek, borçlunun kişisel sorumluluğu etkilenmeden, alacaklının bir isteminin bir taşınmaz değeri ile teminat altına alınmasıdır. Âzamî meblağ ipoteği veya üst sınır ipoteği ise; ileride doğacak veya doğması ihtimal dâhilinde olan bir alacağın teminatı olarak tesis edilir. Belirsizlik söz konusu olduğundan ileride meydana getireceği sorunları önlemek amacıyla taşınmazın belirsiz bu borca karşı ne miktar teminat teşkil edeceği ipotek akit tablosunda bir limitle tespit edilir. Dolayısıyla, ileride söz konusu olacak ana borç, buna eklenecek faiz ve taraflarca kararlaştırılan diğer fer’iler toplamı başka bir ifadeyle ipotekle teminat altına alınan toplam borç miktarı, bu tür ipotekte rıza ile tespit edilen limiti aşması mümkün değildir. Başlangıçta belirli olmayan bir borç altına giren ve taşınmazında alacaklı lehine ipotek tesis ettiren borçlu veya borçlu lehine ipotek tesis ettirecek 3. kişiler yönünden önemli olan bu husus, üst sınır ipoteğinin en belirgin özelliğidir. Üst sınır ipoteğinde sorumluluk, ipotek sözleşmesinde belirtilen miktarla sınırlı olduğundan, buraya faiz ve diğer fer’iler de dâhildir”.

Ayrıca alacaklının ilamlı takip için gerekli belgelere sahip olsa da ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip yoluna başvurması mümkündür⁵. Nitekim Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin (“H.D.”) 30.05.2002 tarihli, E. 10224, K. 11408 sayılı kararında takibe dayanan ipoteğin kayıtsız şartsız bir para borcu içerdiğinden; alacaklının icra emri çıkarılması hakkının bulunmasına karşın, borçluya ödeme emri tebliğ edilmesinde bir usulsüzlük bulunmadığına hükmetmiştir⁶.

Genel haciz yolu ile takip gibi rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip de bireysel ve özel bir takip yoludur⁷. Ancak bu takip yolunda alacaklının elinde alacağının teminatı olarak bir taşınır veya taşınmaz bulunduğundan; alacaklı öncelikle elindeki bu teminatı paraya çevirmek zorundadır

(4) 11. H.D. 09.05.2005 tarihli, E. 8125, K. 4761 sayılı kararı. (<http://www.kazanci.com.tr>). Kurulan ipoteğin türünün belirlenmesinde kullanılacak ilk kriter objektif nitelikli olup; alacağın mevcut ve miktarının belirli olup olmadığıdır. Bu durumda tesis edilen ipotek, alacak belli ise anapara ipoteği; alacak belli değil ise üst sınır ipoteği olarak nitelendirilecektir. Nitekim anapara ipoteği kurulmasının koşulları mevcut iken, bir diğer ifade ile alacak mevcut ve belli iken, sözleşme tablosunda tesis edilen ipoteğin türünde tereddüt uyandıran ifadelerin yer alması halinde ise; tesis edilmiş ipoteğin türünün tespitinde sübjektif nitelikli kriter olan irade özerkliği ilkesine göre tarafların hangi ipotek türünü tercih ettiklerinin belirlenmesine başvurulacaktır. Bkz. ALTAY, Sümer/ESKİOCAK, Ali: Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul 2007, s. 82-83.

(5) PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2006, s. 326-327; ÜSTÜNDAĞ; s. 317.

(6) <http://www.kazanci.com.tr>

Aynı yönde bkz. 12. H.D.’nin 30.05.2002 tarihli, E. 10224, K. 11408 sayılı kararı, (<http://www.kazanci.com.tr>); aynı Daire’nin 17.04.2006 tarihli, E. 5487, K. 8021 sayılı kararı, bkz. KAÇAK, Nazif: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 2006, s. 1355.

(7) GILLIERON, Pierre-Robert: Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 89-158, Suisse 2000, s. 864.

ve alacaklı, rehinli malın satış bedelinden tatmin edileceğinden; bu takip türünde haciz aşaması bulunmamaktadır.⁸

Söz konusu çalışmamızın konusunu ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip teşkil ettiğinden; Türk Hukuku uyarınca bu takip türünün usulü ile uygulamada karşılaşılan sorunlar ile İsviçre Hukuku'nda Türk Hukuku'ndan farklılık arz eden düzenlemelere değinilecek; Yargıtay ile İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına da yer verilecektir. Çalışmamızın ilk bölümünde ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip yolunu düzenleyen hükümlere yer verilecek, ikinci bölümünde ise bütün rehinin paraya çevrilmesi yolları için ortak aşamaları teşkil eden paraya çevirme ve paraların paylaşılması aşamaları incelenecektir.

I- İPOTEĞİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLU İLE İLAMSIZ TAKİBE İLİŞKİN HÜKÜMLER

İİK'in 148, 148/a, 149/b, 150, 150/a, 150/b, 150/c, 150/d maddeleri ile İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun ("İsv. İİK") 151, 152, 153. maddeleri, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip yolunu düzenleyen hükümleri oluşturmaktadır.

A) Takip Talebi

İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip, alacaklısının⁹ yetkili icra dairesine¹⁰ yaptığı yazılı veya sözlü takip talebi ile başlamaktadır.

(8) AYDOĞDU, s. 320; ÜSTÜNDAĞ, s. 326; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2006, s. 463.

(9) Alacaklı gerçek kişi ise; kendisi veya kanuni ya da iradi temsilcisi, tüzel kişi ise; yetkili organı tarafından takip yapılacaktır. Eğer ipotek iştirak halinde olan bir alacağı güvence altına almakta ise; alacaklıların tamamı tarafından takibin yapılması gerekecektir. İpoteğin birden çok alacaklıya ait müşterek bir alacağı güvence altına alması durumunda ise; her alacaklı ancak kendi payına düşen miktar hakkında takip talebinde bulunabilecektir. Alacaklı, alacağını başkasına devretmişse; alacağı sıkı sıkıya bağlı fer'i bir hak olan ipotek de alacakla birlikte devralana geçmiş bulunduğundan alacağı devralan kişi takip talebinde bulunabilecektir. Bkz. ŞENER, Yavuz Selim: Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, İstanbul 2005, s. 137; UYAR, s. 45; ÖĞÜTÇÜ, A. Tahir/DOĞRUSÖZ, M. Edip: Rehin Hukuku, Ankara 1982, s. 253; KARAHACIOĞLU, Ali Haydar/DOĞRUSÖZ, M. Edip/ALTIN, Mehmet: Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996, s. 211; UYAR, Rehin, s. 152.

(10) 148. maddede atıf yapılan yetkili icra dairesi, İİK'nin 50. maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ("HUMK") 9-27. maddeleri uyarınca tespit edilecek icra daireleridir. Bu durumda, borçlunun yerleşim yerinin bulunduğu yer, asıl borçlu ile ipotek veren farklı kişiler ise; bunlardan birinin yerleşim yeri icra daireleri genel yetkili iken; sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşmenin ifa olunacağı yer icra daireleri de özel yetkilidirler. Ayrıca madde metninde belirtildiği üzere taşınmazın bulunduğu yer icra dairesi de yetkilidir. Madde metninde yer alan "yetkili veya taşınmazın bulunduğu yer icra dairesi" ifadesinden de anlaşıldığı üzere; burada kesin yetki söz konusu değildir. Bu nedenle bir yetki sözleşmesinin yapılması da mümkün olmaktadır. Bkz. ŞENER, s. 139-140; KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı ("El Kitabı"), İstanbul 2004, s. 852; AYDOĞDU, s. 331-332; KURU, s. 2415; UYAR, Talih: "İlamsız Takiplerde Yetkili İcra Dairesi Belirleyen Kurallar" ("İlamsız Takip"), Ankara Barosu Dergisi, Ankara 1981, S. 4, Y. 38, s. 672 ve devamı; POSTACIOĞLU, İlhan: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1973, s. 524.

Bu yönde bkz. 19. H.D.'nin 25.11.2004 tarihli, E. 6323, K. 11604; 12. H.D.'nin 29.03.2002 tarihli, E. 5262, K. 6500 sayılı kararları. (<http://www.kazanci.com.tr>).

Ancak alacaklı ile borçlu arasında yapılan yetki sözleşmesinin borçtan sorumlu olmayan 3. kişi için de geçerli olması için sözleşmenin onun tarafından da kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. 19. H.D.'nin, 06.12.2001 tarihli, E. 3746, K. 8110 sayılı karar. (<http://www.kazanci.com.tr>).

İpotek müessesesinin amacı kredi teminine yönelik olduğundan; borçlu ile taşınmaz malikinin aynı kişi olması gerekmekte, 3. kişinin borçlunun borcu için kendi taşınmazını ipotekle takyit etmesi yeterli görülmektedir¹¹. Bu nedenle takip talebinin borçlu ile ipotekli taşınmazın maliki aynı kişi ise bu kişiye, farklı kişiler ise; hem borçluya hem de malike yöneltilmesi gerekmektedir¹². Son halde borçlu ile malik arasında zorunlu takip arkadaşlığı bulunmaktadır.

Ancak Yargıtay'ın bu konuya ilişkin verdiği kararlar farklılık arz etmektedir. Kimi kararlarında; asıl borçlu dışında sadece taşınmaz maliki 3. kişiye karşı takip yapılırsa; asıl borçlunun takibe dâhil edilmesinin mümkün olmadığını¹³, aksi halde ise taşınmaz malikinin daha sonra takibe dâhil edilmesinin mümkün olduğuna¹⁴ hükmetmiştir. Kimi kararlarında ise; "(...) somut olayda kredi borçlusu hakkında takip yapılmadığı tespit edilmiştir. Bu eksiklik sonradan tamamlanmayacağı gibi kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan takibin her aşamasında ve süresiz olarak iletirilebilecek, takibin iptalini gerektiren nitelikte olup mahkemece kendiliğinden göz önüne alınması gereken hususlardan" olduğu belirtilmektedir¹⁵.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu husustaki kararlarında bir istikrar oluşturması gerekmektedir. Bu nedenle doktrinde Medeni Usul Hukuku'nda zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu olduğunda mevcut bir ek-

(10). dipnot devamı: Eğer taşınmaz birden fazla icra dairesinin yetkisi dâhilinde bulunuyorsa; alacaklı bunlardan herhangi birinde takip talebinde bulunabilecektir. Bkz. ŞENER, s. 140; POSTACIOĞLU, s. 524.

Doktrinde özellikle ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takiplerde kamu düzeninden olan HUMK 11 ila 13. maddelerinin uygulanması gerektiğini ileri sürenler ile bu fikrin karşısında HUMK'un 13. maddesinin taşınmazın aynına ilişkin davalar için geçerli bir hüküm olduğunu ve ipoteğin paraya çevrilmesinin taşınmazın aynına ilişkin bir dava olmadığından dolayı da taşınmazın bulunduğu yer icra dairesinin özel hüküm olmadıkça yetkili sayılmayacağını belirtenler mevcut bulunmaktadır. Bkz. MUSTAFAOĞLU, Hüseyin: İcra-İflas Hukukunda Rehin ve Rehinin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takip, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001, s. 55.

Kanaatimizce, İİK'nin 148. madde düzenlemesinde, esas olarak alacaklının durumunun göz önünde tutulduğunu ve sadece taşınmazın bulunduğu yer icra dairesinin yetkili olmasını öngören bir düzenlemenin taşınmazla ilgili yapılacak işlemler bakımından pratik sonuçları da beraberinde getireceğini belirtmek mümkündür.

(11) REİSOĞLU, Seza: İpoteğin Kapsamı-Hükümleri ve Ortaya Çıkan Sorunlar ("Sorunlar"), Ankara 1979, s. 28; ERTAŞ, s. 529.

(12) Bunun amacı malike taşınmazı ipotekten kurtarma hakkı olduğunu hatırlatmaktır. Bkz. ERTAŞ, s. 531.

(13) Bu yönde bkz. 12. H.D.'nin 27.12.2001 tarihli, E. 21207, K. 22129 sayılı kararı, KAÇAK, s. 1347.

(14) Nitekim 12. H.D.'nin 26.03.2002 tarihli, E. 5063, K. 6226 sayılı kararında "(...) yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre, asıl borçlu hakkında takip yapıldığı için ipotek verenin sonradan takip edilerek bu iki takibin birleştirilmesi mümkündür" ifadesi yer almaktadır. (<http://www.kazanci.com.tr>).

Aynı yönde bkz. 12. H.D.'nin 20.04.2004 tarihli, E. 4383, K. 9841 sayılı kararı, ERİŞ, s. 745.

(15) Bkz. 12. H.D.'nin 14.02.2006 tarihli, E. 25851, K. 2389; 28.03.2005 tarihli, E. 2908, K. 6482; 07.02.2002 tarihli, E. 1859, K. 2487; 14.03.2002 tarihli, E. 4343, K. 5173 sayılı kararları. (<http://www.kazanci.com.tr>).

Ayrıca 12. H.D.'nin 11.05.2004 tarihli, E. 7748, K. 11868 sayılı kararı, ERİŞ, Gönen: En Son Değişikliklerle Gereğçeli Açıklamalı İcra ve İflas Kanunu, Ankara 2005, s. 737-738; aynı Daire'nin 18.10.2005 tarihli, E. 14067, K. 20197 sayılı kararı, KAÇAK, s. 1357.

sikliğin giderilmesi için süre verilmesinden ve “davaya dâhil etme” olarak adlandırılan yönteme başvurulmasından hareketle; zorunlu takip arkadaşlarından ikisi yerine herhangi birine karşı takip yapılması halinde de, mevcut eksiklik nedeniyle takibin iptali yerine bu eksikliğı gidermesi için alacaklıya süre verilmesi şeklindeki çözüm yolunun kabul edilmesinin hem usul ekonomisine hem de menfaatler dengesine daha uygun düşeceğine savunan görüşe katılmaktayız¹⁶.

Alacak birden çok ipotek ile güvence altına alınmış ise; alacaklı bunların tamamının satılmasını istemek zorunda olduğundan; taşınmazların bir kısmı borçlu, bir kısmı da 3. kişilere ait ise borçlu ile birlikte 3. kişiler hakkında da takip yapılmalıdır. Rehinli taşınmazın başkasına temlik aksine bir sözleşme bulunmadıkça borçlunun borcunda ve teminatında bir değişiklik meydana getirmemektedir. Ancak yeni malik ipoteğe konu olan borcu kabul etmezse; kendisi sadece taşınmazla, eski malik borçlu ise kişisel olarak sorumlu olacağından; takibin her ikisine de yöneltilmesi gerekmektedir. Yeni malikin ipoteğe konu olan borcu kabul etmesi halinde ise; alacaklı hakkını eski malike karşı saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak bildirirse; takibin yine hem eski malik borçluya hem de yeni malike yöneltilmesi gerekmektedir. Ancak belirtilen bir yıllık süre içerisinde alacaklı yazılı bir bildirimde bulunmazsa; borçlu borcundan kurtulacağından, takip sadece yeni malike yöneltilecektir¹⁷.

İİK'in 148. madde düzenlemesi;

“Taşınmaz ipotek alacaklısı, yetkili veya taşınmazın bulunduğu yer icra dairesine elindeki ipotek belgesinin akit tablosunun tapu idaresince verilmiş resmi örneğini ibrazla alacağın miktarını bildirir ve 58. maddeye göre takip talebinde bulunur” şeklindedir.

Söz konusu düzenlemedeki 58. maddeye atıf nedeniyle, takip talebinin içeriğı ve şekli esas olarak genel haciz yolu ile takipteki gibidir. Bu nedenle takip talebine; alacaklı ve borçlunun kimlik ve adresleri, alacağın Türk parası ile tutarı¹⁸, istenen faizin oranı ve işlemeye başladığı

(16) KURU, s. 2413; PEKCANITEZ, Hakan: “İpoteğin Paraya Çevrilmesiyle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, *Bankacılar Dergisi*, İstanbul 2000, S. 33, s. 46.

(17) ŞENER, s. 137-138; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 252; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 210; UYAR, s. 49; ERTAŞ, s. 532.

(18) İpoteğin yabancı para üzerinden kurulmuş olması halinde, İİK'nin 58. maddesinde düzenlenen emredici hüküm nedeniyle, icra takibinin yabancı paranın Türk parası karşılığı üzerinden yapılması gerekmektedir. Bu nedenle alacaklının takip talebinde alacağının hangi tarihteki kur üzerinden hesaplanmasını istediğini ve faizini de bildirmesi gerekmektedir. Yabancı para üzerinden takip yapılması halinde ise; icra müdürü takibi reddetmelidir. Reddetmeyerek, takibi yabancı para üzerinden devam ettirmesi süresiz şikâyet nedeni teşkil etmektedir. Bkz. ŞENER, s. 142; AYDOĞDU, s. 333; PEKCANITEZ, s. 48.

Söz konusu durum, 4949 Sayılı Kanun ile İİK'nin 58. maddesinin 2. fıkrasının 3. bendinde yapılan değişiklik ile açıkça düzenlenmiştir. Bkz. SİRMEN, Lale: “Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2003, C. 52, S. 1, s. 10; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 131. (devamı diğer sayfada)

gün¹⁹, hangi taşınmazın ipotek edildiği (taşınmazın kütük, ada, pafta, parsel numaraları ile birlikte), ipotek edilen taşınmaz 3. kişiye ait ise onun kimlik ve adresi, izlenecek takip yolu²⁰ yazılır. İsviçre Hukuku'nda ise; 151. maddede belirtildiği üzere takip talebinde genel haciz yolu ile takipte yer alan hususların yanı sıra rehnin konusu, icra dairesinin kendi yetkisini inceleyebilmesi için rehnin yeri, ipotek edilen taşınmaz 3. kişiye ait ise veya sonradan taşınmazın maliki değişmiş ise malik 3. kişinin kimliği, ipotekli taşınmaz 3. kişinin veya borçlunun aile konutu ise bu durumun da yer alması²¹ gerekmektedir²².

Bu noktada İİK'in 148/a maddesine değinilmesi gerekmektedir. Söz konusu madde düzenlemesi;

“İpotek sözleşmesinin tarafları veya ipotekli taşınmazı daha sonra satın alanlar ya da bunların halefleri, tapu sicil müdürlüğüne yurt içinde bir

^{18. dipnot dışıdır:} Nitekim 19. H.D.'nin 21.09.2000 tarihli, E. 2837, K. 5953 sayılı kararında “(...) ipotek, yabancı para ipotegi olarak tesis edilmiş ise takibin Türk parası üzerinden yapılması zorunluluğu vardır” ifadesi yer almaktadır. 12. H.D.'nin 16.09.2003 tarihli, E. 13982, K. 17750 sayılı kararında ise; “(...) alacağın muayyenlik ilkesine ve anaparanın tür ve miktar olarak değişmesi söz konusu olamayacağına göre, Türk Lirası karşılığında yapılmış ipotekler için alacaklının, kredi sözleşmesindeki yabancı para birimini esas alarak takibe başlaması yasaya aykırıdır” denmektedir. (<http://www.kazanci.com.tr>).

(19) Nitekim İsviçre içtihatları uyarınca; alacaklının takip talebinde belirtmediği ek faizler gibi başka alacaklarının da yükü durumu bakımından dikkate alınmasını talep etmesi mümkündür. Bu yönde bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 02.02.2006 tarihli, 5C.266/2005 sayılı kararı, (<https://www.swisslex.ch>).

(20) Alacaklının takip talebinde ipotegin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip yerine haciz yolu ile takip yapmak istediğini bildirmesi halinde icra müdürünün nasıl hareket etmesi gerektiğine ilişkin doktrinde iki görüş bulunmaktadır. İİK'nun 45. maddesinde öngörülen öncelikle rehne başvurulması gerektiğini belirten kuralın emredici olduğunu kabul eden görüş uyarınca; icra müdürünün re'sen bu talebi reddetmesi gerekmektedir. Söz konusu kuralın emredici nitelikte olmadığını kabul edenler ise; icra müdürünün bu durumu re'sen dikkate alamayacağını, borçlunun süresi içinde takibe itiraz etmesi gerektiğini aksi takdirde haciz yolu ile takibe devam edileceğini belirtmektedirler. Bkz. AYDOĞDU, s. 334; KURU, s. 2410-2411.

(21) Bu durumun takip talebinde belirtilmesinin öngörülmesinin nedeni; evliliğin genel etkilerine bağlı olup, aile hukukunda kanun koyucu tarafından oluşturulan eşlerden birinin aile konutu üzerinde yaptığı tasarruflara karşı diğer eşi korumanın sonucudur. Bu nedenle ister ipotekli taşınmazın aile konutu teşkil ettiği takip talebinde belirtilmiş olsun isterse de belirtilmemiş olmasına rağmen icra dairesi ipotekli taşınmazın aile konutu teşkil ettiğini fark etmiş olsun, her iki durumda da taşınmazın malikinin eşine de ödeme emri gönderilmesi gerekmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. GILLIERON, s. 876-879.

İsviçre Hukuku'ndaki söz konusu düzenleme, borçlu ile ipotekli taşınmazın malikinin farklı kişiler olması durumu ile paralellik arz etmekte ve burada da borcun borçlunun yanı sıra bir 3. kişi tarafından, bir diğer ifade ile eşi tarafından, da ödenebilmesi öngörülmektedir.

Bu noktada kendisine ödeme emri gönderilen diğer eşin sahip olduğu itiraz hakkının kapsamına ilişkin İsviçre Federal Mahkeme kararlarında gerçekleşen değişimden de bahsetmek gerekmektedir. Nitekim mahkemenin eski tarihli kararlarında, kendisine ödeme emri gönderilen diğer eşin ancak aile konutu üzerinde ipotek tesis edilmesine rıza göstermemesi veya aile birliğini koruyucu önlemlere hükmeden hâkimin aile konutu üzerinde ipotek tesis edilmesine izin vermemesi halleri ile sınırlı olmak kaydıyla ödeme emrine itiraz hakkını haiz olduğu kabul edilmekte idi. Buna karşılık 03.10.2002 tarihli, JDT 2002 II sayılı kararda da belirtildiği üzere Federal Mahkeme'nin yeni tarihli kararlarında, itiraz hakkı hususunda eşler arasında herhangi bir ayırım yapılmamakta ve taşınmaz malikinin sahip olduğu bütün itiraz imkânlarına (örneğin, ana alacağın varlığına, miktarına veya ipotegin geçerliliğine, varlığına ilişkin) kendisine ödeme emri gönderilen diğer eşin de sahip olduğuna hükmedilmektedir. (<https://www.swisslex.ch>). (Devamı diğer sayfada)

(22) GILLIERON, s. 871.

tebligat adresi bildirmek zorundadır. Aksi takdirde ilgililerin tescil talebi, tapu sicil müdürlüğünce reddolunur.

Adresin değiştirilmesi tapu sicil müdürlüğüne bildirilmesi halinde sonuç doğurur. Yeni adresin bildirilmemesi halinde tebligatların eski adrese ulaştığı tarih tebellüğ tarihi sayılır” şeklindedir.

Bir taşınmaz üzerine ipotek tesis edilmiş olması malikin bu taşınmazla ilgili tasarruf işlemlerini engellemektedir²³. Bu nedenle söz konusu madde hükümet gerekçesinde belirtildiği üzere; ipotek sözleşmesinin tarafları veya ipotekli taşınmazı daha sonra satın alan ya da bunların halefleri bakımından yurt içinde bir tebligat adresi gösterme, değişen adresi bildirme zorunluluğu öngörerek; takiplerin sürüncemede kalmasının ve adalete duyulan inancın zedelenmesinin önüne geçilmesi amacı ile

^{21. dipnot dışı} Türk Hukuku'nda ise, genel olarak eşlerin birbirleriyle ve başkalarıyla hukuki işlem yapmakta serbest oldukları kabul edilmekte ise de MK'un 194. madde düzenlemesi uyarınca aile konutu ile ilgili işlemler bakımından eşler birbirinin rızasına muhtaç kılınmış bulunmaktadır. Söz konusu maddenin 1. fıkrası düzenlemesi, “eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz” şeklinde olup; diğer eşin rızasına bağlı olan aile konutu ile ilgili işlemleri açıkça saymamıştır. Bu nedenle aile konutu üzerinde ipotek tesis edilmesinin hakları sınırlayan bir işlem olup olmadığı ve dolayısıyla ipotek işleminde diğer eşin rızasının mutlaka aranıp aranmayacağı doktrinde tartışmalı bir husustur. Bununla birlikte 4721 sayılı yeni MK'un yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden itibaren günümüze kadarki uygulama aile konutunun üzerinde ipotek tesis edilmesinde diğer eşin rızasının aranması yönündedir. Taşınmazın aile konutu olarak tapuya şerhi hususunda ise; 194. maddenin 3. fıkrası “aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir” şeklindedir. Söz konusu düzenleme uyarınca 3. kişinin iyi niyetinin korunup korunmayacağı hususu tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş uyarınca, aile konutu üzerindeki hakta tasarrufa yetkili olan eşin karşısındaki işlem tarafı olan 3. kişinin iyi niyeti hiçbir şekilde korunmamaktadır. Bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca ise; tapu kaydına güvenerek bir aynı hakkın kazanılmasında iyi niyet tartışmaya yer vermeyecek şekilde korunmaktadır. Bu durumda tapu kütüğü sicilinde aile konutuna ilişkin şerh bulunmuyor ise; iyi niyete dayanarak mülkiyet veya aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunacak, ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kişi iyi niyet iddiasında bulunamayacaktır. Bir diğer deyişle diğer eşin rızası alınmadan şerh bulunmayan aile konutu üzerinde bir kişi lehine ipotek tesis edilmesi durumunda, bu kişinin iyi niyeti korunacak ve ipotek geçerli olacaktır. Ancak bu kişi şerh bulunmasa dahi söz konusu taşınmazın aile konutu olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyor ise; sicile güven ilkesinden yararlanamayacaktır ve rızası alınmayan eşin ipoteye karşı çıkması halinde, aile konutu üzerinde tesis edilen ipotek geçersiz olacaktır. Bununla birlikte baştan rızası alınmayan diğer eşin daha sonra icazet vermek suretiyle işlemi başından beri geçerli kılabilmesi de mümkündür. Aile konutu olarak şerh edilmiş bir taşınmaz söz konusu olduğu takdirde ise; artık 3. kişilerin iyi niyetinden söz edilmeyeceğinden kurulan ipotek geçersiz olacaktır. Bkz. ŞİPKA, Şükran: Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194), İstanbul 2004, s. 126-128; REİSOĞLU, Seza: “Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri”, s. 2-3, (<http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans/Seza.doc>); DOĞAN, Murat: “Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2003, C. 52, S. 4, s. 105-112; UÇAR, Ayhan: “4721 Sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessesesiz:Aile Konutu Müessesesi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Erzincan 2006, C. X, S. 1-2, s. 430-438.

Belirtilenler doğrultusunda ipoteye ilişkin hususlarda İİK hükümlerinin yanı sıra genel düzenleme niteliğindeki MK'un ilgili hükümleri de göz önünde tutulduğundan; aile konutu üzerinde ipotek tesis edilmesi durumunda diğer eşe de ödeme emri gönderilmesi gerekmektedir. Bu nedenle kanaatimizce, İİK'nda üzerinde ipotek tesis edilen taşınmazın aile konutu olması haline ilişkin bir düzenleme bulunmaması bir eksiklik teşkil etmektedir. İİK'nda yapılan son değişikliklerde, kanun koyucunun bu hususa ilişkin bir düzenleme öngörerek; söz konusu eksikliği gidermesi uygun olurdu.

(23) REİSOĞLU, Sorunlar, s. 31.

düzenlenmiştir. Bu durumda yeni adresin bildirilmemesi halinde tebliğatların eski adrese ulaştığı tarih tebellüğ tarihi sayılacaktır. Söz konusu zorunluluk, geçici 5. maddenin 23. bendinde belirtildiği üzere 4949 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra akdedilecek ipotek sözleşmelerinin tapu siciline tescilinde geçerlidir. Buna göre kanunun yürürlük tarihi olan 30.07.2003'ten önce akdedilen ipotek sözleşmeleri açısından böyle bir zorunluluk söz konusu olmadığından, yurt dışında adres bildirimleri geçerlidir.

Ayrıca alacaklının takip talebine ipotek akit tablosunun tapu idaresince verilmiş resmi senedin bir örneğini, ipotek cari hesap veya kredi sözleşmesi gibi bir sözleşmenin teminatı olarak verilmişse bu sözleşme ve bununla ilgili belgelerin onaylı örneklerini de eklemek zorundadır. Eğer borçlu aynı alacak için birden fazla ipotek vermiş ise; alacaklı bunların hepsinin satışını istemek zorunda olduğundan; bunların hepsine ait ipotek akit tablosu örneğinin takip talebine eklenmek suretiyle icra dairesine verilmesi gerekmektedir²⁴. İpotek akit tablosunun tapu idaresince verilmiş resmi senet örneğinin takip talebine eklenmesi icra memurunun alacaklının doğru takip yolunu seçip seçmediğini tespitinde önem taşımaktadır. Bununla birlikte söz konusu örneğin icra dairesine verilmemiş olması takibin iptaline yol açmamakta ve ödeme emrine itiraz halinde icra mahkemesince yapılacak inceleme sırasında söz konusu belgenin tapudan getirilmesi gerekmektedir²⁵.

Son olarak ipotekli taşınmaz üzerinde 3. kişilere devri önlemeye yönelik ihtiyati tedbirin bulunması haline değinmek gerekmektedir. Yargıtay eski tarihli kararlarında ihtiyati tedbirin taşınmazın aynına ilişkin olup olmamasına göre ayırım yapmakta ve taşınmazın aynına ilişkin olarak konulmuş ihtiyati tedbirin satışı durdurduğuna hükmetmekte idi²⁶. Daha sonraki kararlarında ise; ihtiyati tedbirin her ne suretle konulmuş olursa olsun taşınmazın satışına engel olmayacağına hükmetmekte idi²⁷. Yeni tarihli kararlarında ise; ancak cebri icra yolu ile satışları da engelleyen bir ihtiyati tedbir kararının satışı engelleyeceğine hükmetmektedir²⁸.

(24) Aynı yönde bkz. 12. H.D.'nin 02.03.2001 tarihli, E. 3009, K. 3991 sayılı kararı, ÖZKAN, Hasan: Açıklamalı ve İçtihatlı İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı, Ankara 2004, s. 792.

(25) UYAR, s. 45; ŞENER, s. 143; UYAR, Rehin, s. 156-157; POSTACIOĞLU, s. 525, 528; MUSTAFAOĞLU, s. 57-58.

(26) Bu yönde bkz. 12. H.D.'nin 13.03.1980 tarihli, E. 2140, K. 2402 sayılı kararı, PEKCANITEZ, s. 47.

(27) Bu yönde bkz. 12. H.D.'nin 11.05.1998 tarihli, E. 4949, K. 5291 ve 05.05.1998 tarihli, E. 4573, K. 4959 sayılı kararları, PEKCANITEZ, s. 47; aynı Daire'nin 29.06.1998 tarihli, E. 7402, K. 7875 sayılı kararı. (<http://www.kazanci.com.tr>).

(28) Nitekim 12. H.D.'nin 24.06.2005 tarihli, E. 10439, K. 13734 sayılı kararında; HUMK'un 101 ve 103. maddelerine göre verilen ihtiyati tedbir kararının içeriği incelenmiş olup, şikâyet konu tedbir kararının taşınmazların 3. kişilere rıza ile yapılacak devir ve temliklerin önlenmesine yönelik olarak verildiği tespit edilmiş ve bu tedbirin cebri icra yolu ile yapılacak takip ile satışları engelleyici nitelikte olmadığına karar verilmiştir. Aynı yönde bkz. 12. H.D.'nin 27.04.2004 tarihli, E. 7667, K. 10410 sayılı kararı. (<http://www.kazanci.com.tr>).

Haciz koyduran alacaklıyı ihtiyati tedbir kararı aldırılmış kişiye karşı korumaya yönelik olan bu uygulama, pozitif bir dayanağının bulunmaması nedeniyle eleştirilmektedir²⁹. Kanaatimizce de söz konusu uygulamanın pozitif bir dayanağı bulunmamaktadır ve sadece ihtiyati tedbir kararı hacizden sonra konulduğu durumlarda, hacizden sonra kazanılan haklar haciz alacaklısının hakkından sonra geleceğinden, ipotekli taşınmazın satışını önlemeyeceği kabul edilmelidir.

B) Takip Talebi Üzerine Yapılacak İşlemler

Söz konusu takip talebi ile birlikte icra memurunun yapması gereken işlemler bulunmaktadır. Bunlar, ödeme emri gönderilmesi, alacaklının talebi üzerine kiracılara haber verilmesi, tapu idaresine haber verilmesi, satış hazırlıklarına başlanması ile ipotekli taşınmazın idare ve işletilmesi için gerekli görülen tedbirlerin alınmasıdır.

Alacaklının takip talebi üzerine icra dairesi, ödeme emrini İİK'in 149/b maddesinde belirtilen şekilde ve belirtilen hususları içeren bir şekilde düzenleyecektir. Söz konusu madde düzenlemesi;

“149. maddede yazılı haller dışındaki muaccel alacaklar için icra müdürü, borçluya ve varsa taşınmaz sahibi 3. şahsa aşağıdaki kayıtlara uygun olmak üzere 60. maddeye göre birer ödeme gönderir.

Ödeme müddeti otuz gündür.

Yedi gün içinde itiraz olunmaz ve 1 numaralı bentte yazılı müddet içinde borç ödenmezse alacaklının taşınmazın satışını isteyebileceği bildirilir” şeklindedir.

İsviçre Hukuku'nda ise; 152. madde düzenlemesi uyarınca taşınmaz rehinlerine ilişkin ödeme emirlerinde bir aylık ödeme süresi öngörülmektedir. Söz konusu sürenin uzatılması veya tekrar öngörülmesi mümkün değildir ve alacaklının harekete geçebilmesi için bu sürenin dolması gerekmektedir³⁰.

İpotekli taşınmazın 3. kişiye ait olması halinde, hem borçluya hem de 3. kişiye ayrı ayrı ödeme emri gönderilmesindeki amaç; her ikisinin de ayrı ayrı borca itirazları varsa bildirmelerini ve borcu ödeyerek taşınmazı ipotekten kurtarmalarını sağlamaktır. Borçlu ölmüşse mirasçılara, mirasçılarını mirası reddetmişse tereke temsilcisine ödeme emri gönderilmesi gerekmektedir³¹. Eğer borçluya, ödeme emri gönderilmesi gerekirken; ic-

(29) Bkz. PEKCANİTEZ, s. 47-48.

(30) GILLIERON, s. 887.

(31) UYAR, *Rehin*, s. 191; UYAR, s. 50; MUSTAFAOĞLU, s. 59.

Ancak unutulmamalıdır ki borçlu ile malik aynı kişi olmadığı sürece malikin ipotekli borçtan dolayı şahsi bir sorumluluğu bulunmamakta, sadece borç ifa edilmediğinde taşınmazın paraya çevrilmesine katılmak zorunda kalmaktadır. Bkz ERTAŞ, s. 531.

ra emri gönderilmişse, borçlunun şikâyeti üzerine icra emrinin iptaline karar verilmesi gerekmektedir³².

Söz konusu ödeme emrini göndermeden önce icra müdürünün alacağın muaccel olup olmadığını inceleme yetkisinin bulunup bulunmadığı doktrinde tartışmalı bir husustur. Bir görüş uyarınca, ilamlı takipten farklı olarak; ilamsız takipte icra müdürünün böyle bir yetkisi bulunmamaktadır³³. Yargıtay'ın da savunduğu diğer görüş uyarınca ise; icra müdürünün ödeme emri göndermeden önce alacağın muaccel olup olmadığını incelemesi gerekmektedir³⁴. Kanaatimizce icra memuru açıkça belirtilmediği sürece alacağın esasına ilişkin inceleme yapamayacağından; kendisine bu yetkiyi tanımamak gerekmektedir.

İpotekli taşınmaz kirada ise; İİK'in 150/b maddesi uyarınca³⁵, icra müdürü alacaklının talebi üzerine³⁶ ve takibin kesinleşmesini beklemeden, kiracıları durumdan haberdar eder ve işleyecek kiralardan icra dairesine ödenmesini emreder. Söz konusu bildirim hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş uyarınca söz konusu bildirim, İİK'in 89. maddesi anlamında bir haciz ihbarnamesi niteliğindedir³⁷. Diğer görüş uyarınca ise; söz konusu bildirim bu nitelikte değildir³⁸. Düşüncemize göre, kiralardan ödenmesi için yapılan bildirim üzerine kiracıların itiraz hakları bulunmadığından ve kiralardan icra dairesine ödemedikleri takdirde malları haczedilemeyeceğinden; söz konusu bildirim haciz ihbarnamesi niteliğinde değildir.

Söz konusu düzenleme, kiracılara bildirim takip kesinleşmesinden evvel, bir diğer deyişle borçlunun itiraz etme imkânı bulunduğu dönemde dahi yapılabileceğini öngörmektedir. Bu durumda borçlu, alacağın

(32) UYAR, *Rehin*, s. 192; UYAR, s. 51; PEKCANITEZ, s. 44; POSTACIOĞLU, s. 528; MUSTAFAOĞLU, s. 58.

(33) KURU, *El Kitabı*, s. 852, 19 numaralı dpr.; KURU, s. 2416, 65 numaralı dpr.; PEKCANITEZ, s. 49; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 466; POSTACIOĞLU, s. 529.

(34) UYAR, s. 50; AYDOĞDU, s. 335-336; UYAR, *Rehin*, s. 190-191; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 213; GÜRDOĞAN, *Burhan: Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehin Paraya Çevrilmesi*, Ankara 1967, s. 63.

(35) Söz konusu madde düzenlemesi;

"Rehin, kiraya verilmiş bir taşınmaz ise icra müdürü, alacaklının talebi üzerine takibin kesinleşmesini beklemeden kiracıları da takipten haberdar eder ve işleyecek kiralardan icra dairesine ödenmesini emreder. Şu kadar ki, bu şekilde işlem yapılması 132 ve 135. maddelerdeki hakları ortadan kaldırmaz. Kiracı ihtara rağmen kira paralarını icra dairesine yatırmazsa hakkında 356. madde hükmü kıyasen uygulanır" şeklindedir.

(36) Alacaklı, ipoteğin kapsamına dâhil kiralara da takibini teşmil ettiğini açıkça bildirmeli, bu konudaki gerekli masrafları ödemeli, takip talebinde kiracıların adını da bildirmelidir. Alacaklının belirtilen hususları takip talebi ile birlikte yapmaması, takibin kiralara teşmilinden vazgeçtiği anlamına gelmemektedir. Alacaklının daha sonra da bu yöndeki talebini öngörülen şekilde icra dairesine bildirmesi mümkün olmakla birlikte, bildirim tebliğ tarihinden itibaren kiracılara karşı hüküm ifade edeceğinden, bunun mümkün olduğu kadar erken yapılması kendi yararındır. Bkz. ŞENER, s. 144; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 216; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 258; UYAR, s. 46-47; UYAR, *Rehin*, s. 161; GÜRDOĞAN, s. 61.

(37) ÜSTÜNDAĞ, s. 319.

(38) KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 216; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 258; BELGESAY, *Mustafa Resit: İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, İstanbul 1948, s. 366; GÜRDOĞAN, s. 67-68.

varlığına itiraz ederek takibi durdurmuş olsa bile, yapılan bildirim hükümlerini doğurmaya devam edecek ve borçlu veya taşınmaz maliki 3. kişi kira gelirleri üzerinde tasarruf olanağına sahip olamayacağından; tahammülü güç bir durum ortaya çıkacaktır³⁹. Bu sebeple İsviçre’de; borçlunun ipoteğin kiraların tümünü ya da bir kısmını kapsamadığını ileri sürmesi için on günlük süre öngörülmektedir. Borçlunun bu itirazı üzerine alacaklıya itirazın iptali davası açması veya itirazın kaldırılmasını istemesi için de on günlük bir süre verilmekte, alacaklı buna uymazsa kiracılara yapılan ihtar iptal edilmektedir⁴⁰.

İcra dairesince yapılan bildirimde karşın kiralar icra dairesine ödenmezse; icra dairesi kiracı aleyhine ödenmeyen kira borcundan dolayı takipte bulunabilecektir. Bununla beraber ipotekli taşınmazın idaresi icra dairesine satış isteminden sonra geçtiğinden; icra memurunun bu aşamada kiracı aleyhine takip yapması tartışılabilir nitelik arz etse de, Yargıtay icra dairesinin kiracı aleyhine takipte bulunabileceğini kabul etmektedir⁴¹. İsviçre’de ise; kiracılara yapılan bildirimden sonra taşınmaz maliki adına kira bedellerinin kiracıdan alınmasını sağlamak için icra memuruna açıkça yetki verilmiştir⁴².

Taşınmaz ipotek edilmeden önce kiraya verilmiş olup da, kiracı kira dönemine ait kiraları aradaki sözleşme gereğince ve iyi niyetle peşin ödendiğini kanıtlarsa icra dairesine ödemeye zorlanamaz. Nitekim Yargıtay 12. H.D.’nin 31.10.2003 tarihli, E. 17437, K. 21280 sayılı kararında ipotekli taşınmazın kira parasının beş yıllık olarak peşin ödendiğinin noterden onaylı belge ile teyit edilmesi nedeniyle kiracıdan bir kira bedeli istenmeyeceğine hükmedilmiştir⁴³. Ayrıca rehinli alacaklının takipte bulunduğu tarihten sonra ödeme günü gelen kiralar üzerinde, taşınmaz malikinin daha önce yaptığı bütün tasarruflar ve diğer alacaklıların bunları haczetmeleri rehinli alacaklıya karşı hükümsüzdür⁴⁴.

(39) Bu sakıncayı önleyebilmek adına İİK’nın 264/II maddesi hükmünün kıyasen uygulanmasının kabulü gerektiği yönünde doktrinde KURU tarafından ileri sürülen görüş bulunmaktadır.

KURU, s. 2417, 67 numaralı dpr.; ÜSTÜNDAĞ, s. 319-320; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 215-216; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 258; UYAR, s. 48; UYAR, *Rehin*, s. 163; PEKCANITEZ, s. 49.

(40) GILLIERON, s. 892; KURU, s. 2417, 67 numaralı dpr.

(41) Bu yönde bkz. 12. H.D.’nin 04.07.2006 tarihli, E. 11858, K. 14655 sayılı kararı. (<http://www.kazanci.com.tr>).

(42) GÜRDOĞAN, *Burhan: İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar*, s. 20. (naklen UYAR, s. 47).

(43) Bkz. ERİŞ, s. 751.

(44) UYAR, s. 47; UYAR, *Rehin*, s. 162; ALTAY/ESKİOCAK, s. 26-27; POSTACIOĞLU, s. 526-527.

Bu şekilde icra dairesine ödenen kiralar, takip kesinleşmeden önce alacaklıya ödenmeyerek icra dairesinde muhafaza edilirler⁴⁵. İcra dairesine yatırılan kira bedellerinin takip konusu alacağı karşılımları halinde ise; yapılan bildirim geri alınması gerekmektedir⁴⁶. Bu takdirde artık taşınmazın satışı da söz konusu olmayacaktır.

İİK'in 150/c maddesi uyarınca⁴⁷, icra müdürü ipoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki ilamsız takip yolunun başladığını tapu idaresine haber vermeye mecburdur. Bu haber üzerine tapu memuru, taşınmazın siciline keyfiyeti şerh verir⁴⁸. Söz konusu şerh tarihinden önce ipotekli taşınmazı iktisap edenlere de ödeme emri gönderilmesi gerekirken; şerh tarihinden sonra taşınmazı iktisap edenlere ödeme emri gönderilmeyecektir⁴⁹. İpotekli taşınmazın sahibi 3. kişiye de ödeme emri gönderme zorunluluğu, uygulamada birtakım suiistimallere neden olmakta ve takipten sonra yapılan çeşitli temliklerle alacaklı her yeni malike ödeme emri tebliğ ettirmek zorunda kaldığından, takip sürüncemede bırakılmakta idi. Bu duruma engel olmak için söz konusu düzenleme öngörülmüş bulunmaktadır⁵⁰.

Takibin başladığı icra dairesince tapuya bildirilmemiş ve taşınmazın satış ilanı yeni malike tebliğ edilmemiş ise; söz konusu eksiklikten dolayı malikin ihalenin feshini şikâyet yolu ile sağlaması mümkündür. Takibin başladığı icra dairesince tapuya bildirilmiş olmasına karşın; tapu memuru görevini ihmal ederek şerh vermemişse, tapu memuru icra memuru

(45) Kiralar hakkında verilen bilgiler tabii semerlerde aynen uygulama alanı bulmamaktadır. Tabii semereler, arzun mütemmim cüzü olduğu müddetçe taşınmaz rehininin kapsamına girer ve rehinli alacaklı alacağının tahsil bakımından bunlardan yararlanabilse de, bu yararlanma kanun tarafından bazı esaslara bağlanmıştır. Kanun uyarınca, evvelce bir rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip mevcut olmasına rağmen, alacaklı henüz paraya çevirme talebinde bulunmamış ise; mütemmim cüz niteliğini kaybeden semereler rehinin kapsamına girmeyecektir. Çünkü taşınmazın idaresi rehinli alacaklının paraya çevirme talebi ile icra dairesine geçmektedir. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 320; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 216; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 258; ANSAY, Sabri Şakir: İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1948, s. 102-103; GÜRDOĞAN, s. 69.

İsviçre Hukuku'nda ise; rehinli alacaklıların durumu daha da kuvvetlendirilmiştir. Mahcuz mahsullerin paraya çevrilmesinden önce rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip talebinde bulunan alacaklı, takibinin sonradan kesinleşmiş olması şartıyla haciz alacaklıları karşısında mahsullerden istifade edebilmek bakımından rüçhan hakkına sahiptir. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 320.

(46) KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 216; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 258; UYAR, s. 47; UYAR, Rehin, s. 162; GÜRDOĞAN, s. 69.

(47) Söz konusu madde düzenlemesi;

"İcra müdürü, ipoteğin paraya çevrilmesi hakkındaki takibin başladığını tapu idaresine haber vermeye mecburdur. Tapu memuru, keyfiyeti taşınmazın siciline şerh verir. Taşınmazı bu şerh tarihinden sonra iktisap edenlere icra veya ödeme emri tebliğ olunmaz" şeklindedir.

(48) Tapu siciline şerh verilmesinin nedeni; takipten sonra taşınmazı devralacak olan kişilerin takipten haberdar olmalarını sağlamaktır. Bkz. UYAR, s. 49; UYAR, Rehin, s. 164.

(49) Borçlunun ipotekli taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi, tapu kaydı kendi üzerinde olduğundan; taşınmazın ihalesinden sonra bile devam etmektedir. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 318; YELEKÇİ, Memduh/YELEKÇİ, İlhami: Notlu İzahlı-İçtihatlı Uygulamada İcra ve İflas Kanunu, Ankara 1999, s. 428.

(50) YELEKÇİ/YELEKÇİ, s. 430; KURU, s. 2417, 68 numaralı dpr.; UYAR, s. 49; UYAR, Rehin, s. 164; İPEKÇİ, s. 626; GÜRDOĞAN, s. 70; POSTACIOĞLU, s. 525-526.

runun bir muavini ve icra organı olarak işlem yapmış sayıldığından; satıştan haberdar olmayan malikin şikâyet yolu ile yapılan ihalenin bozulmasını sağlaması mümkündür⁵¹.

İİK'in 150/d maddesinde⁵² belirtildiği üzere, takip talebi üzerine satış hazırlıklarına başlayan icra dairesi, bu amaçla tapudan kayıt örneklerini ve belediyeden (imar müdürlüğünden) taşınmazın son imar durumunu getirir ve takibin kesinleşmesini beklemeden kıymet takdirini yaptırır. Bu şekilde önemli bir zaman tasarrufu sağlanmış olmaktadır⁵³. Bununla birlikte doktrinde söz konusu hüküm, takibin daha sonraki aşamalarında herhangi bir nedenle yarıda kalması, takipten vazgeçilmesi gibi durumlar karşısında yapılan bu işlemlerin emek ve gider kaybına neden olacağı noktasında eleştirilmektedir⁵⁴.

Ayrıca icra dairesi, ipotekli taşınmazın idare ve işletilmesi için gerekli gördüğü önlemleri de alacaktır. Ürünlerin toplanması, taşınmazın kiraya verilmesi, ufak tefek onarımların yaptırılması bu önlemlere örnek olarak gösterilebilir. Eğer borçlunun bu ürünlerden başka geçim kaynağı yoksa kendisinin ve ailesinin geçinmeleri için yetecek miktar üründen veya satıldıkça bedelinden uygun bir oranı borçluya bırakılır⁵⁵.

C) Takibin Kesinleşmesi

Borçlu veya 3. kişinin kendisine ulaşan ödeme emrine itiraz hakkı İİK'in 150. maddesinde,

“Borçlu veya 3. şahıs ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde itirazda bulunabilirler. Ancak, rehin hakkı itiraz konusu yapılamaz. İpoteğin iptali hakkında dava açılması halinde 72. maddede hükümleri kıyasen uygulanır” şeklinde düzenlenmektedir.

İİK'in itirazın incelenmesi ve usulünü düzenleyen 150/a maddesi ise;

“Ödeme emrine itiraz hakkında 62'den 72. maddeye kadar olan hükümler uygulanır. Ancak;

İpotek, bir cari hesap veya işleyecek kredi vesaire gibi bir mukavelelerin teminatı olarak verilmişse, icra mahkemesi bu mukavele ve bununla ilgili sair belge ve makbuzları 68. maddedeki esaslara göre incelemek yetkisini haizdir.

(51) UYAR, s. 49; UYAR, *Rehin*, s. 164; POSTACIOĞLU, s. 526.

(52) Söz konusu madde düzenlemesi;

“İcra dairesi, takip talebi üzerine satış hazırlıklarına başlar. Bu maksatla tapudan kayıt örneklerini ve belediyeden imar durumunu getirir, takibin kesinleşmesini beklemeden kıymet takdirini yaptırır” şeklindedir.

(53) KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 217; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 259; KURU, s. 2418-2419, 70 numaralı dnr.; UYAR, s. 49; UYAR, *Rehin*, s. 165; İPEKÇİ, s. 627; MUSTAFAOĞLU, s. 145.

(54) MUSTAFAOĞLU, s. 145.

(55) KURU, *El Kitabı*, s. 853; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 216; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 258-259; KURU, s. 2419; MUSTAFAOĞLU, s. 141.

İtirazın kaldırılması kararının temyizi halinde 149/a maddesinin son fıkrası hükmü kıyasen uygulanır (2. İtirazın kaldırılması kararına karşı istinaf yoluna başvurulması halinde 149/a maddesinin 2. fıkrası hükmü kıyas yoluyla uygulanır) şeklinde.

Ödeme emrinin tebliği üzerine borçlu, takibin her safhasında borcunu ödeyerek taşınmazın satılmasını önleyebilecektir. Söz konusu ödeme üzerine, icra müdürü ipotek kaydını tapu sicilinden terkin ettirecektir. Kendisine ödeme emri gönderilen taşınmaz maliki 3. kişinin de takip konusu borcu ödeyerek; takibi durdurabilmesi mümkündür. Bu durumda 3. kişi, alacaklının halefi olacak ve aralarındaki iç ilişki gerektiriyor ise borçluya rücu edebilecektir⁵⁶.

Borçlu veya 3. kişinin 7 günlük süre içinde dilekçe ile veya sözlü olarak icra dairesine⁵⁷ yaptıkları kısmi⁵⁸ veya borcun tamamına itiraz üzerine takip durmaktadır. Bu itiraz ve sonuçları genel haciz yoluyla takipteki gibidir. Ancak burada itiraz, alacağın varlığına veya tutarına ilişkin olabilmekte, rehin hakkı itiraz konusu yapılamamaktadır. Çünkü ipotek tapu kütüğüne tescil edilmiştir ve bu tescil rehin hakkının varlığına karine teşkil etmektedir. Ancak bu karine rehin hakkına ilişkin olup, alacağına ilişkin olmadığından; ipoteğin iptalinin dava yolu ile istenmesi mümkündür⁵⁹.

Üst sınır ipoteğinin söz konusu olduğu hallerde, alacaklı takip talebinde alacak tutarı üst sınırı, ipotekteki limiti aşmamak şartıyla talep edebilmekte ve takip tarihinden itibaren faiz isteyememektedir⁶⁰. İpotek

(56) ŞENER, s. 149; UYAR, s. 52; AYDOĞDU, s. 337; DAVRAN, s. 49; ERTAŞ, s. 531-532; UYAR, Rehin, s. 207; GÜRDOĞAN, s. 82; MUSTAFAOĞLU, s. 61.

(57) 12. H.D.'nin 28.02.2005 tarih, E. 1024, K. 3820 sayılı kararında icra dairesine yapılması gereken itirazların mahkemeye yapılması füzuli bir işlem olarak nitelendirilerek, söz konusu itirazların geçersiz oldukları belirtilmiştir. (<http://www.kazanci.com.tr>).

(58) Kısmi itirazda, itiraz edilen borç miktarının ayrıca ve açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde ödeme emrine hiç itiraz edilmemiş kabul edilir. Bkz. KURU, El Kitabı, s. 854; KURU, s. 2423; UYAR, Rehin, s. 210.

Ayrıca borcun itiraz edilmeyen kısmı için takip kesinleşeceğinden; alacaklı taşınmazın satılmasını isteyebilecektir.

(59) Söz konusu davanın açılmasında korunmaya değer menfaatinin bulunması nedeniyle ipotekli taşınmazın maliki olmayan borçlunun da bu davayı açma hakkı bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 324 ve aynı sayfada 62 numaralı dpn.; UYAR, s. 54; KURU, s. 2425; UYAR, Rehin, s. 214-215, 217; MUSTAFAOĞLU, s. 71.

İpoteğin iptali hakkındaki dava takipten önce açılmışsa, takibin durmasına dair ihtiyati tedbir kararı alınmadıkça veya dava borçlu lehine sonuçlanmadıkça takip durmayacaktır. Buna karşılık takipten sonra böyle bir davanın açılması halinde sadece icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesi sağlanabilecektir. Bkz. ŞENER, s. 150; UYAR, s. 53; AYDOĞDU, s. 337; UYAR, Rehin, s. 215; MUSTAFAOĞLU, s. 71-72.

(60) 12. H.D.'nin 09.05.2002 tarihli, E. 8331, K. 9689 sayılı kararında; takip konusu ipoteğin üst sınır ipoteği olması halinde, limit üzerinde takip yapılamayacağı ve takibin ferilerinin de bu limit içerisinde olması gerektiği belirtilmektedir. (<http://www.kazanci.com.tr>).

Takip konusu ipoteğin anapara ipoteği olması halinde ise; alacaklının anaparanın dışında takip masrafları ile geçen günlerin faizlerini de isteyebileceği 12. H.D'nin 10.10.2005 tarihli, E. 15879, K. 19438; 12.04.2004 tarihli, E. 4837, K. 8943 sayılı kararlarında belirtilmektedir. Bkz. ERİŞ, s. 737 ve (<http://www.kazanci.com.tr>).

limiti dışında kalan alacağın ise; genel haciz veya iflas yoluyla takip edilmesi mümkün olmaktadır⁶¹. Alacaklı bu duruma uymaksızın takip talebinde bulunduğu takdirde ise; borçlunun ve varsa ipotekli taşınmaz maliki 3. kişinin takip konusu yapılan ipotegin üst sınır ipoteği olduğunu ve üst sınırı aşan alacak kesiminin ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takipte istenemeyeceğini bildirerek; ödeme emrine kısmi itirazda bulunabilmesi mümkündür⁶². Çünkü buradaki itiraz ipotek hakkına ilişkin değil, istenen alacağın üst sınırı aşan kesiminin ipotekli alacak olmadığına ilişkindir. Bu yönde bir itiraz yapılmadığı takdirde ise; takip, üst sınırı aşan alacak miktarı üzerinden kesinleşecek ve alacaklı ipotekli taşınmazın satışını isteyebilecektir.

Ancak Yargıtay 12. HD, süresi içinde ödeme emrine itiraz etmemiş olan borçlu ve varsa taşınmaz maliki 3. kişinin ipotek limiti ile sorumlu olduğuna, bu limit dışında kalan alacak kesimi ile sorumlu olmadığını her zaman şikâyet ya da itiraz ile ileri sürebileceğine, hatta icra mahkemesince durumun re'sen nazara alınacağına karar vermektedir⁶³. Yargıtay'ın bu görüşünü, itirazın belirli bir sürede yapılması gerektiğini, bunun istisnasının da İİK'nin 65. maddesinde düzenlenen gecikmiş itiraz olduğunu ve dolayısıyla takip hukukunda "**süresiz itiraz**" isimli bir müessesenin bulunmadığını belirterek doktrinde eleştirilenler bulunmaktadır⁶⁴.

İtiraza ilişkin bir diğer sınırlama da, taşınmaz rehni ile temin edilmiş olan alacaklar hakkında zamanaşımı işlemeyeceğinden; zamanaşımı itirazında da bulunulamamasıdır.

Takibe devam edebilmek için alacaklının itirazın tebliğinden itibaren 6 ay içinde icra mahkemesine başvurarak itirazın kaldırılması veya 1 yıl

(61) Aynı yönde bkz. 19. H.D.'nin 18.04.2005 tarihli, E. 11709, K. 4179 sayılı kararı. (<http://www.kazanci.com.tr>); aynı Dair'nin 18.09.2003 tarihli, E. 13956, K. 17899 sayılı kararı, ERİŞ, s. 743.

Bu noktada üst sınır ipoteğinde icra inkâr tazminatının ipoteğin teminatı içinde olup olmadığına da incelenmesi gerekmektedir. Yargıtay kararlarında, icra inkâr tazminatının limiti aşıya bile taşınmazın sağladığı teminattan yararlanacağını belirtirken; doktrinde bu görüşü eleştirerek, MK'un 790. maddesinde icra inkâr tazminatının belirtilmemesinden dolayı bu kapsamda sayılmaması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır. Bkz. PEKCANITEZ, s. 51-52.

(62) Ancak ipoteğin tesisi esnasında taraflar, limiti aşan alacakların da güvenceden yararlanacağını kararlaştırmışlarsa, borçlunun yapılan takibe itiraz etmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir. Bu durumda alacaklının, önceden yapılan anlaşmayı ileri sürerek itirazın iptali veya kaldırılması yollarına başvurması mümkün olacaktır. Bkz. ŞENER, s. 150.

(63) Nitekim 12. H.D.'nin 24.05.2002 tarihli, E. 9773, K. 10980 sayılı kararında "ipotek limitinin aşıldığı konusundaki itiraz süreye tâbi değildir" ifadesi yer almaktadır. (<http://www.kazanci.com.tr>).

Aynı yönde bkz. 12. H.D.'nin 08.04.2003 tarihli, E. 4852, K. 7613 sayılı kararı, ERİŞ, s. 743.

Nitekim doktrinde konuya ilişkin olarak KURU, ipoteğin üst sınırını aşan alacağa ilişkin itiraz yapıldığı takdirde; icra memurunun bu durumu kendiliğinden gözetemeyeceğini, varsa diğer alacaklıların sıra cetveline karşı mahkemede itiraz yoluna başvurmaları, bir diğer deyişle o alacaklıya karşı genel mahkemede dava açmaları gerektiğini savunmaktadır. Bkz. KURU, s. 2431. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca ise; üst sınır ipoteğinin kapsamı maddi hukuk açısından bir araştırma söz konusu olmaksızın takip talebine eklenen resmi senetten anlaşılabilirliğinden icra memurunun kendiliğinden bunu nazara alması mümkündür. Bkz. PEKCANITEZ, s. 50.

(64) KURU, El Kitabı, s. 855-856; AYDOĞDU, s. 338-339; KURU, s. 2425-2430.

içinde genel mahkemede dava açarak itirazın iptali kararı alması gerekmektedir⁶⁵. Bu hususlar da genel haciz yolu ile takipteki gibi olmakla beraber; alacaklının icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurması halinde dikkat edilmesi gereken birtakım hususlar mevcuttur.

İpotek, cari hesap veya kredi açma sözleşmesi gibi bir sözleşmenin teminatı olarak verilmişse; icra mahkemesi bu sözleşme ve bununla ilgili diğer belge ve makbuzları 68. maddedeki esaslara göre inceleme yetkisine sahiptir ve birden fazla belgenin söz konusu olduğu durumlarda belgeler zinciri burada da geçerli olmaktadır. Genel haciz yolu ile takipteki kredi kurumlarına ilişkin düzenleme olan 68b maddesi bu takip yolunda da uygulama alanı bulmaktadır. Sözleşme veya belgeler adi belge iseler ve altındaki imza ayrıca ve açıkça inkâr edilirse; alacaklı icra mahkemesinden itirazın geçici olarak kaldırılmasını⁶⁶ isteyebilmektedir. İtirazın geçici kaldırılması ve ondan sonra borçtan kurtulma davası açılması genel haciz yolundaki gibidir⁶⁷. Hem asıl borçlu hem de ipotekli taşınmaz maliki 3. kişi ödeme emrine itiraz etmiş ise; bu kişiler mecburi takip arkadaşlığı konumunda olduklarından, alacaklı her ikisinin itirazının kaldırılmasını veya iptalini birlikte istemek durumundadır. Yalnız 3. kişinin ödeme emrine itiraz etmesi durumunda da takip duracak ve alacaklının bu itirazın kaldırılmasını veya iptalini istemesi gerekecektir⁶⁸.

İtirazın kaldırılması kararının temyizi satış dâhil olmak üzere hiçbir icra işlemini durdurmamaktadır. Ancak borçlu, alacağın % 15'i oranında teminat verdiği takdirde takip duracaktır. Borçlu, temyiz isteminde haksız çıktığı takdirde bu teminat hiçbir hükme gerek olmaksızın tazminat olarak alacaklıya ödenecektir⁶⁹.

Takibin iptali ve taliki, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarına ilişkin hükümler burada da aynen ya da kıyasen uygulanmaktadır.

(65) İtirazın iptali davası açma süresi olan 1 yıllık sürenin kaçırılması halinde, alacaklının genel hükümlere göre tahsil davası açması ve bu davadan alacağı ilam ile ipoteğin ilamlı takip yolu ile paraya çevrilmesini talep etmesi mümkündür. Bkz. ŞENER, s. 151.

(66) İtirazın geçici kaldırılması kararı üzerine alacaklı, ipotekli taşınmazın satışını isteyemediğinden; bu kararın temyiz eden borçlunun satışını durdurmak için teminat yatırmasına gerek bulunmamaktadır. Bkz. KURU, El Kitabı, s. 859; ŞENER, s. 153; AYDOĞDU, s. 342; KURU, s. 2453-2454.

(67) PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 330-331.

(68) KURU, El Kitabı, s. 857-858; ŞENER, s. 150-151; UYAR, s. 54; AYDOĞDU, s. 339; KURU, s. 2442.

(69) Kanun böyle bir hüküm koymamış olsaydı, borçlunun temyize müracaatı icrayı durdurmamakla beraber; satış mutlaka durduracaktı ve bu durum sonucunda birçok suiistimaller de vuku bulacaktı. Bunları önlemek için mevcut düzenleme öngörülmüştür. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 326; ŞENER, s. 152; UYAR, s. 55; AYDOĞDU, s. 340; UYAR, Reh'n, s. 224; POSTACIOĞLU, s. 532; GÜRDOĞAN, s. 65; MUSTAFAOĞLU, s. 70.

Ancak doktrinde söz konusu düzenlemenin genel ilamsız icra ile paralellik arz etmemesinden dolayı ağır bir sonuç oluşturduğu yönünde bir görüş de mevcut bulunmaktadır. Bkz. AYDOĞDU, s. 340-342. Doktrinde ayrıca, alacaklıya ödenecek tazminat için tashih-i karar süresinin geçmiş veya bu yöndeki talebin reddedilmiş olması ve kararın kesinleşmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. MUSTAFAOĞLU, s. 70-71.

Borçlu veya ipotekli taşınmazın maliki 3. kişi, 7 gün içinde ödeme emrine itiraz etmez ve 30 gün içinde borcu ödemezse ya da itiraz eder ve itirazı iptal edilir veya kaldırılırsa; takip kesinleşir ve alacaklı ipotekli taşınmazın satılmasını isteyebilir.

II- ORTAK HÜKÜMLER

Paraya çevirme ve paraların paylaşılması safhaları bütün rehnin paraya çevrilmesi yolları için ortak safhalardır. İİK'in 150/e, 150/g, 151 maddeleri ile İsv. İİK'in 154, 155, 156 ve 157. maddeleri ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip yolunda uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim İİK'nın 153. madde düzenlemesi de ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı veya ilamsız takiplerde uygulama alanı bulmaktadır.

A) Rehnin Paraya Çevrilmesi

Kendisine satış isteme yetkisi gelen rehnin alacaklı, İİK'nın 150/e maddesi⁷⁰ uyarınca ödeme emrinin tebliğinden itibaren iki yıl içinde taşınmaz rehninin satışını isteyebilmektedir⁷¹. Paraya çevirmeyi alacaklı talep edebileceği gibi borçlu veya rehin maliki 3. kişinin⁷² de talepte bulunması mümkündür⁷³. İsviçre Hukuku'nda ise; 154. maddede belirtildiği üzere; alacaklının ödeme emrinin tebliğinden itibaren en erken altı ay ve en geç iki yıl içinde taşınmaz rehninin satışını istemesi olanaklıdır.

Ödeme emrine itiraz edilmişse itirazın kaldırılması kararının veya itirazın iptali için mahkemeye başvurulmuşsa iptal kararının kesinleşmesine kadar geçen süre satış istemi süresinin hesabına katılmamaktadır⁷⁴. İsviçre Hukuku'nda ise; satış isteyebilmek için öngörülen sürelerden iki yıllık süre, âzamî süre olarak nitelendirilmekte ve sadece bu sürenin işleminin kesilmesi söz konusu olabilmektedir⁷⁵.

(70) "Alacaklı, taşınmaz rehnin satışını ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren nihayet bir sene içinde, taşınmaz rehnin satışını da aynı tarihten itibaren nihayet iki sene içinde isteyebilir.

Satış yukarıdaki fıkra da gösterilen müddetler içinde istenmez veya talep geri alınıp da bu müddetler içinde yenilenmezse takip düşer.

78. maddenin 2. fıkrası hükmü rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de kıyasen uygulanır".

(71) 12. H.D.'nin 08.03.2005 tarihli, E. 1124, K. 4723 sayılı kararında; süresinde satış talebinde bulunulmasına rağmen; satış masrafları ile avansın peşin olarak yatırılmaması nedeniyle satışın yapılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bkz. ERİŞ, s. 754.

(72) KURU, s. 2473.

(73) ÜSTÜNDAĞ, s. 326; UYAR, Rehin, s. 350.

(74) Ayrıca kıymet takdirine itiraz edilmesi halinde de verilecek kararın kesinleşmesine kadar anılan sürenin işlemeyeceği yönünde bkz. 12. H.D.'nin 17.11.2003 tarihli, E. 19770, K. 22729 sayılı karar. (<http://www.kazanci.com.tr>).

(75) GILLIERON, s. 922-923.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin 09.01.1998 tarihli, SJ 1998 sayılı kararında belirtildiği üzere; âzamî sürenin öngörülme nedeni alacaklının belirli bir süre içerisinde harekete geçmesini sağlamak, hareketsiz kalmasının cezası olarak takibin düşmesi sonucunu oluşturmaktır. Bununla birlikte alacaklının borçlunun itirazda bulunması halinde cezalandırılmaması için de itirazın kaldırılması sürecinde âzamî sürenin kesilmesi söz konusu olmaktadır. (<https://www.swisslex.ch>).

Rehin veren 3. kişi ise; söz konusu satış isteme süresinin hesaplanmasında ödeme emrinin borçlu ile 3. kişiden hangisine daha geç tebliğ edilmişse o tarih esas alınmaktadır. Ayrıca borçlu veya 3. kişiden birisi ya da her ikisi birlikte ödeme emrine itiraz etmiş veya ödeme emrinin iptali için dava açmışsa, bu istemlere ilişkin verilecek kararlar kesinleşmesine kadar geçen süre hesaba katılmamaktadır. Çünkü satış yapılabilmesi için hem borçlu hem de 3. kişi hakkındaki takibin kesinleşmiş olması gerekmektedir. Takip sırasında alacaklı ile borçlu borcun taksitle ödemesi hususunda anlaşmışlar ise; satış isteme süresi borçlu taksitleri düzenli olarak ödediği sürece askıda kalacak, taksitle ödeme sözleşmesinin borçlu tarafından ihlali tarihinde, bir diğer deyişle borçlunun ödeme yapmadığı taksit tarihinde işlemeye başlayacaktır⁷⁶.

Öngörülen iki yıllık süre hak düşürücü süre olup; bu süre içinde satış istenmediği veya satış istemi geri alınıp da yine 150/e maddesine göre hesaplanacak süre içinde yenilenmediği takdirde; genel hacizden farklı olarak yapılan takip düşmektedir⁷⁷. Ancak rehin hakkı baki kaldığından; yeniden rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapmak mümkündür⁷⁸. İsviçre Hukuku'nda ise; haciz yolu ile takip ile ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip arasında bir ayırım öngörülmemiş olup; her iki halde de kamu düzeni düşüncesi ile öngörülen sürelerin geçmesi sonucunda takibin düştüğü kabul edilmektedir⁷⁹.

Satış talebinden sonra, İİK'in 150/g maddesi⁸⁰ haciz yolu ile takibe ilişkin hükümlerden 92. maddenin 3. fıkrası, 93, 96, 97, 97/a, 98, 99. maddeler ile 112. maddeden 137. maddeye kadar olan maddelerin kıyas yolu ile uygulanacağını belirtmektedir.

Rehinli taşınmazın idare ve işletilmesi 92. maddenin 3. fıkrası uyarınca icra dairesi tarafından gerçekleştirilmektedir. İİK'in 93. maddesi ipotekli taşınmazın mahsullerinden satışın istenmesinden sonra hâsıl olanları rehnin kapsamına dâhil sayılmaktadır. İpotekli taşınmaza ilişkin istihkak iddiaları hakkında ise; İİK'in 96-99. maddeleri uygulanmaktadır. Buna göre rehinli mal üzerinde mülkiyet hakkı ile sınırlı ayni hak iddiasında bulunan 3. kişiler, eğer bu hakları takipte bulunan alacaklının

(76) KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 218-219; ÜSTÜNDAĞ, s. 326-327; UYAR, s. 56-57; ŞENER, s. 154-155; KURU, s. 2474; YELEKÇİ/YELEKÇİ, s. 433; UYAR, *Rehin*, s. 349; BELGESAY, s. 369; POSTACIOĞLU, s. 536; MUSTAFAOĞLU, s. 137-138, 140.

(77) Aynı yönde bkz. 12. H.D.'nin 21.04.2004 tarihli, E. 5151, K. 10019 sayılı kararı, ERİŞ, s. 752.

(78) PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 337; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 218; UYAR, s. 57; KURU, s. 2474-2475; UYAR, s. 349; ÖZKAN, s. 795; İPEKÇİ, s. 627; ANSAY, s. 101-102.

(79) ÜSTÜNDAĞ, s. 327.

Türk Hukuku'nda mevcut farklılığın bir dükkatsizlik sonucu meydana gelmiş olduğunu, bu nedenle de satış istemek için öngörülen süreye riayet etmemenin dosyanın muameleden kaldırılması sonucunu doğuracağını ileri süren görüş için bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 327.

(80) "Satılması istenen rehin hakkında 92. maddenin 3. fıkrası ve 93, 96, 97, 97/a, 98 ve 99. maddeler ile 112'den 137. maddeye kadar olan hükümler kıyas yolu ile uygulanır".

hakkı ile aynı sırada bulunuyorsa ya da onun hakkına tekaddüm ediyor ise; mahcuz mala istihkak davası açılmakta ve satış işlemine etki yapmaktadır. Eğer 3. kişilerin hakları takibi yapan alacaklının hakkından sonra geliyor ise; bu durumda ileri sürülen iddia satışa etki etmeyeceği gibi adi istihkak davası açılması gerekecektir⁸¹.

Ayrıca taşınmazların paraya çevrilmesi ile ilgili olmak üzere MK'nın 873 ve 874. maddelerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre aynı alacak için birden fazla taşınmaz üzerinde ipotek kurulmuşsa; alacaklı bunların hepsinin satışını aynı zamanda istemelidir⁸². Alacaklının bu şekilde istemde bulunmaması şikâyet yolu ile takibin iptaline yol açmaktadır. Eğer söz konusu taşınmazlar aynı malike ait ise; icra memuru bunlardan ancak satışı zorunlu olanları satacaktır. Bu durumda satışın aynı günde yapılması gerekmektedir⁸³. Eğer söz konusu taşınmazlar farklı kişilere ait ise; tüm taşınmazların satılması gerekmele beraber; varsa borçluya ait olanlar öncelikli satılmalı ve elde edilen para borcun tamamını karşılamadığı takdirde 3. kişilere ait diğer tüm taşınmazların satışına gidilmelidir⁸⁴. Alacaklının bu şekilde takipte bulunmaması şikâyet yolu ile takibin iptaline yol açar⁸⁵.

Satış talebi üzerine icra dairesinin geniş ve ayrıntılı bir hazırlık işlemi yapması gerekmektedir. Çünkü ipotekli taşınmazın satışında sadece alacaklı ve borçlunun değil; taşınmaz üzerinde aynı hakkı bulunan 3. kişilerin de haklarının korunması gerekmektedir. Ayrıca artırmaya katılacak 3. kişiler de bu konudaki bilgileri yapılacak olan hazırlık işlemleri sayesinde öğreneceklerdir. Artırma öncesi icra memuru tarafından yapılacak hazırlık işlemleri; artırmanın ilanı, artırma şartnamesinin hazırlanması, mükellefiyetler listesinin hazırlanması⁸⁶ ile artırma şartnamesi ile mükellefiyetler listesinin açık bulundurulmasıdır⁸⁷.

(81) ÜSTÜNDAĞ, s. 328.

(82) Kanun koyucu söz konusu düzenlemeyi, alacaklının birden fazla taşınmaz üzerinde satış aşamasında hakkını kötüye kullanması olanağını bertaraf etmek amacıyla öngörmüş bulunmaktadır. Bkz. MUSTAFAOĞLU, s. 147.

(83) 12. H.D.'nin 18.04.2002 tarihli, E. 6829, K. 8052 sayılı kararı uyarınca; "(...) toplu rehin olsa bile, bu rehiner borçluya ait ise taşınmazlardan birinin satışı alacağı karşılıyorsa diğer taşınmazların satışı yapılmamalıdır." (<http://www.kazanci.com.tr>).

Söz konusu taşınmazların satış işlemlerinin aynı zamanda yapılabilmesi için her birinin satış aşamasının gelmesi gerekmektedir. Bu nedenle tüm taşınmazların satış aşamasına gelinceye kadar icra dairesi tarafından beklenmesi şarttır. İcra dairesi söz konusu taşınmazlardan bazıları açısından satış aşamasını beklemeden hareket etmiş ise; bu durum takibin her aşamasında şikâyet konusu yapılabilir. Bkz. MUSTAFAOĞLU, s. 147.

(84) ÜSTÜNDAĞ, s. 329-330; UYAR, s. 57; ŞENER, s. 154-155; KURU, s. 2478-2479; YELEKÇİ/YELEKÇİ, s. 433; UYAR, Rehin, s. 351-352; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 474-475; GÜRDOĞAN, s. 83; POSTACIOĞLU, s. 537; MUSTAFAOĞLU, s. 142.

(85) UYAR, Rehin, s. 352.

(86) Satılacak taşınmaz üzerinde takip alacaklısının ipoteginden başka bir mükellefiyet yok ise; mükellefiyetler listesi düzenlenmesine de gerek yoktur. Bkz. KURU, s. 2476.

(87) Hazırlık işlemleri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENER, s. 156-160.

İİK'in 132. maddesi düzenlemesi uyarınca; alacak bir taşınmaz rehni suretiyle güvence altına alındıktan sonra borçlunun veya taşınmaz maliki 3. kişinin o taşınmaz üzerinde alacaklının onayı olmaksızın irtifak hakkı, taşınmaz yükümlülüğü veya tapuya şerh edilmiş kişisel bir hak kurması; rehin hakkı olan alacaklının haklarını etkilememekte ve taşınmazın bu haklardan arı olarak satılmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Ancak söz konusu maddenin yorumu doktrinde ve uygulamada farklı görüşlere neden olmuştur.

Bir görüşe göre⁸⁸, madde yazıldığı şekilde anlaşılmalı ve alacaklının taşınmazın sonradan kurulan haklarla birlikte veya bu haklardan arınmış olarak satışa çıkarılmasını isteyebilmelidir. Bu durumda alacaklının taşınmazın iki türlü satışını isteme yönünde bir tercih hakkı bulunmaktadır. Diğer görüş uyarınca ise⁸⁹; madde metnindeki "veya" sözcüğü "ve" şeklinde anlaşılmalı ve artırma kademeli olarak gerçekleştirilmelidir. Bu nedenle de taşınmazın iki kez satışa çıkarılacağına artırma şartnamesinde yer alması gerektiğinden; ipotekli alacaklının madde metninde öngörülen bu yetkisini artırma şartnamesinin düzenlenmesi sırasında veya şartnameye itiraz safhasında kullanması gerekmektedir. İpotekli alacaklı bu hakkını kullanmazsa; taşınmaz sonradan kurulan haklarla birlikte satışa çıkarılacaktır. İpotekli alacaklının bu yetkisini kullanması durumunda ise; taşınmaz sonradan kurulan haklarla birlikte satışa çıkarılacak ve teklif edilen bedel ipotekli alacaklının alacağını karşılarsa; taşınmaz o haklarla birlikte satılacaktır. Eğer teklif edilen bedel ipotekli alacağı karşılamazsa, bu durum sonradan kurulan haklardan dolayı ortaya çıkmış olduğundan; taşınmaz bu sefer sonradan kurulan haklardan arındırılmış şekilde satışa çıkarılacaktır. Teklif edilen bedel ipotekli alacak miktarında olursa; sonradan kurulan haklar silinmemekle beraber ipotekli alacaklıya zarar vermemiş olacaktır. Teklif edilen bedel ipotekli alacak miktarından daha fazla olursa; sonradan kurulan haklar da ödenecek ve silinecektirler.

İpotekli taşınmazın artırma günü alıcıya ihale edilebilmesi⁹⁰ için; 129. maddedeki koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Yani teklif edilen bedelin taşınmazın tahmin edilen değerinin % 60'ını bulması⁹¹, eğer o taşın-

(88) Bu yönde bkz. POSTACIOĞLU, s. 454; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 368; KURU, s. 2476; ŞENER, s. 155.

(89) Bu yönde bkz. GÜRDOĞAN, s. 72-73; MUSTAFAOĞLU, s. 143.

(90) Rehinli malların icra dairesi tarafından satılacağına ilişkin hükümler emredici nitelikte olmadığından; tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür. Bkz. KURU, s. 2479; YELEKÇİ/YELEKÇİ, s. 433.

Şayet rehinli mal üzerinde ihtiyati haciz bulunmuyor veya borçlu iflas etmemiş durumda ise, rehinli malın alacaklı tarafından paraya çevrileceği şeklindeki sözleşmeler geçerli olmaktadır. Bkz. MUSTAFAOĞLU, s. 146.

(91) Söz konusu oranın % 75'ten %60'a indirilmesinin borçlunun aleyhine ve özellikle bankalar olmak üzere alacaklıları kollayan bir değişiklik olduğu yönünde bkz. UMAR, Bilge: "Son (4949 Sayılı Yasa ile Getirilen) İİK Değişikliklerinin Sınıfsal İdeolojisi Yönünden Eleştirisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2004, S. 50, s. 87.

maz ile güvence altına alınmış öncelikli rüçhan hakları varsa yapılan teklifin bu alacaklıların alacaklarının toplamından fazla olması ve ayrıca satış ile paylaşırma giderlerini karşılaması gerekmektedir. Bu koşullar gerçekleşmediği takdirde ikinci artırma gündeme gelecektir. İkinci artırmada ihalenin yapılabilmesi için ise; teklif edilen bedelin taşınmazın tahmin edilen değerinin %40'ını bulması, eğer o taşınmaz ile güvence altına alınmış öncelikli rüçhan hakları varsa yapılan teklifin bu alacaklıların alacaklarının toplamından fazla olması ve ayrıca satış ile paylaşırma giderlerini karşılaması gerekmektedir⁹². Son iki koşula "karşılama ilkesi" denmektedir. Belirtilen koşullar karşılanmadığı takdirde satış düşecektir⁹³. Bununla birlikte "süresi içinde yapılan satış talebi üzerine alıcı çıkmaması nedeni ile satışın düşürülmesine karar verildikten sonra alacaklı vekilinin her zaman ve yenileme harcı vermeden satış talebinde bulunması mümkündür"⁹⁴.

Birinci ve ikinci artırmada karşılama ilkesi gerçekleşmemesine rağmen ihale yapılmış ise; söz konusu durum kamu düzenine aykırılık oluşturacağından süresiz şikâyet yolu ile bu ihalenin feshi istenebilecektir⁹⁵.

İsviçre Hukuku'nda ise; satış talebi üzerine en erken bir ay en geç üç ay içinde takip talebinde bulunan kişi masrafları tamamen ödememiş olsa da⁹⁶, icra dairesinin ipotekli taşınmazın satışını gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bir aylık asgari süre içerisinde satışın ertelenmesinin talep edilebilmesi mümkündür. Üç aylık âzamî süre kamu düzenine ilişkin olduğundan; bu sürenin gerekçesiz olarak geçirilmesi halinde şikâyet yoluna başvurulabilmektedir. Satış hazırlıklarına başlayan icra dairesinin karşılama ilkesi uyarınca belirlenen asgari ihale bedelini de içeren satış koşullarını da hazırlaması gerekmektedir. İpotekli taşınmazın satışı ya tarafların karşılıklı anlaşmaları ile ya da genel artırma yolu ile gerçekleşmektedir⁹⁷.

(92) İpotekli taşınmaz ihale edilirse, artırma işlemi ve ihale kararı tutanağa yazılır ve tutanak artırmayı yöneten icra memuru ve alıcı tarafından imzalanır. İhale bedeli peşin olarak ödenir. Bununla beraber; icra memurunun alıcıya on güne kadar ödeme süresi tanınması mümkündür. Ayrıca icra müdürünün ihale bedelinin temini için alıcıdan güvence istemesi de mümkündür. Mülkiyet alıcıya ihale kararı ile geçer. Ancak ihale bedeli ödenmedikçe alıcı adına tescil işlemi yapılmaz. İkinci artırmadan sonra alıcı verilen süre içinde ihale bedelini ödemezse ihale kararı kaldırılır. Bu durumda belirli şartlar altında (133. madde uyarınca hemen ihale) yeni bir ihale yapılabilir. Bkz. ŞENER, s. 161-162.

(93) UYAR, s. 58-59; ŞENER, s. 160-161.

(94) 12. H.D.'nin 01.06.2004 tarihli, E. 10183, K. 13962 sayılı kararı. (<http://www.kazanci.com.tr>).

(95) ŞENER, s. 161; UYAR, Rehün, s. 360.

(96) Bununla birlikte masrafların tamamının ödenmesi için icra dairesinin bir süre vermesi ve bu süre içerisinde ödenmediği takdirde takip talebinin geri çekildiğinin kabul edileceğini de hatırlatması gerekmektedir. GILLIERON, s. 943.

(97) Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. GILLIERON, s. 943-949.

B) Paraların Paylaştırılması

Satıştan sonra paraların paylaşılması da 151. maddede⁹⁸ belirtildiği üzere genel haciz yolundaki gibidir. Rehnin satış tutarı takip masrafları çıkarıldıktan sonra alacaklılar arasında paylaşılacaktır. Satış tutarı bütün ipotekli alacaklıların alacaklarını karşılamazsa; icra memuru sıra ve pay cetveli⁹⁹ düzenleyecektir. Satıştan elde edilen para, taşınmaz üzerinde birden fazla ipotek varsa birden fazla rehin alacaklısı arasındaki sıra Türk MK hükümlerine ve taşınmaz rehni söz konusu olduğundan 870 ve 874. maddelere göre belirlenecektir. Alt sıradaki ipotekli alacaklı ancak üst sıradaki ipotekli alacaklının alacağından ödenmesinden sonra bir şey kalırsa, artan paradan alacağını alacaktır. Aynı sırada olan ipotekli alacaklıların alacakları tamamen karşılanamıyorsa; bunlar elde edilen paradan alacakları oranında pay alacaklardır.¹⁰⁰

Bu noktada ipotek bedelinin paylaşılmasında dikkate alınacak "asıl alacak" belirtilmesi gereken hususu teşkil etmektedir. Anapara ipoteğinde; asıl alacağa giderler ve muaccel faizler dâhil iken; üst sınır ipoteğinde gerek asıl alacak gerekse de sözleşme ve gecikme faizleri ile mahkeme ve icra giderleri ancak tapu sicilinde tescil edilmiş olan alacak miktarını aşmamak koşulu ile ipoteğin kapsamına girmektedirler. Kapsam dışı kalan alacak ise; adi alacak olarak sırasını alacaktır¹⁰¹. İpoteğin üst sınır ipoteği olup olmadığı ve üst sınır ipoteği olduğunun kabulü halinde alacağın ne kadarlık kısmının öncelik hakkına sahip olacağı konusunda icra memurunun yapmış olduğu tespite karşı, ipotekli alacaklı veya diğer alacaklıların itiraz etmeleri mümkündür¹⁰².

(98) "Rehin bedelinden masrafların çıkarılmasında ve artanın alacaklılar arasında paylaşılmasında 138. madde hükmü tatbik olunur.

Satış tutarı alacaklıların alacağını ödemeye yetmezse icra müdürü 206. maddenin 2. ve 3. fıkralarına göre alacaklıların her birine ait sıra ve payları tayin eder. 141, 142 ve 144. maddelerin hükümleri burada da caridir".

(99) 12. H.D.'nin 10.03.1987 tarihli, E. 648, K. 3326 sayılı kararında belirttiği üzere, borçlunun 7 gün içinde ödeme emrine itiraz etmemiş olması halinde; icra dairesinin sıra cetvelini düzenlerken takibin alacağın tamamı üzerinden kesinleşmiş olmasına rağmen, sıra cetvelinde takip alacaklısının alacağının ipotek limiti içinde kalan miktar kadar nazara alınması gerekmektedir. Bkz. UYAR, Rehin, s. 296.

(100) PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 337; UYAR, s. 62-63; ŞENER, s. 162-163; KURU, s. 2480; UYAR, Rehin, s. 393; İPEKÇİ, s. 632.

(101) UYAR, s. 63; ŞENER, s. 163; UYAR, Rehin, s. 393.

(102) İpotekli alacaklının alacağının ipotek kapsamında olduğunu ileri sürmesi halinde kendi sırasına yönelik bir itiraz söz konusu olduğundan; icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurusu gerekmektedir. Buna karşılık bir alacaklı alacağı ipotek kapsamında görülerek sıra cetveline alınan ipotekli alacaklının alacağının ipoteğin sağladığı güvencenin kapsamı dışında olduğunu iddia ediyorsa bu itirazın mahkemede dava yolu ile ileri sürülmesi gerekmektedir. İtiraz sonucunda davacının haklı çıkması halinde ipotek limiti fazlası itiraz eden alacaklıya ödenmelidir. Bkz. ŞENER, s. 164.

Nitekim 19. H.D.'nin 28.05.2002 tarihli, E. 152, K. 4094 sayılı kararında da ipotekli alacaklıların yanı sıra diğer alacaklılara da sıra cetvelinde yer verilmesi suretiyle sıra cetveline itiraz etme olanağı sağlanmış olduğu belirtilmiştir. (<http://www.kazanci.com.tr>).

C) İpotek Alacaklısının Gaip Olması veya Borcu Almaktan Kaçınması

İİK'in 153. maddesi¹⁰³ düzenlemesinde belirtilen sebeplerden birine dayanan borçlunun¹⁰⁴, ipoteğe ilişkin belgelerini de eklemek suretiyle icra dairesine başvurması ve bu başvuru sırasında borçlu olduğu paranın tamamını icra dairesine yatırması gerekmektedir. Eğer borcunun vadesi gelmemiş ise; ipotek senedi gereğince işlemiş ve işleyecek bütün faizleri ile birlikte borcunu ödemesi gerekmektedir. Bu başvuru üzerine icra dairesi on beş gün içinde icra dairesine gelerek parayı almasını ve ipoteği çözmesini usulüne uygun bir şekilde alacaklıya tebliğ eder. Eğer alacaklı öngörülen süre içinde gelmezse veya gelip de kabul edilebilir bir mazet göstermeksizin parayı almaktan ve ipoteği çözmekten çekinirse; icra dairesinin dosyayı tevdi etmesi üzerine icra mahkemesi belirtilen şartların gerçekleşmesine rağmen karar vermekten kaçınamayacağından; borçlu tarafından yatırılan paranın alacaklı adına saklanması ve ipoteğin kaldırılmasına karar vermelidir. Söz konusu karar tapu dairesine bildirilerek siciline işlenir ve ipotek kaldırılır¹⁰⁵.

SONUÇ

Alacak hakkını teminat altına alan bir taşınmaz rehni türü olan ipotek, "anapara ipoteği" ve "üst sınır ipoteği" olmak üzere iki türdür. Kural olarak, ipoteğin tesis ânında miktarı belli alacaklar için "anapara ipoteği", miktarı belli olmamakla beraber ileride tahakkuku muhtemel veya kesin alacaklar için ise "üst sınır ipoteği" tesis olmaktadır.

Söz konusu ipotek çeşitleri, alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesini talep etmesi halinde uygulama alanı bulacak takip hukukunda farklılaşma yaratmaktadır. Nitekim anapara ipoteğine ilişkin takip yolunu ilamlı takip yolu teşkil etmekte iken, âzamî meblağ ipoteğine ilişkin takip yolunu ilamsız takip yolu teşkil etmektedir. Bununla beraber kayıtsız şartsız

(103) "İpotekle temin edilmiş ve vadesi gelmiş bir alacağın borçlusu icra dairesine müracaatla alacaklısının gaip ve yerleşim yerinin meçhul bulunduğunu veya borcu almaktan ve ipoteği çözmekten imtina ettiğini beyan ederse icra dairesi on beş gün içinde daireye gelerek parayı almasını ve ipoteği çözmesini alacaklıya usulüne göre tebliğ eder. Alacaklı bu müddet içinde gelmediği veya gelip de kanunen makbul bir sebep beyan etmeksizin parayı almaktan ve ipoteği çözmekten imtina eylediği takdirde borçlu borcunu icra dairesine tamamıyla yatırırsa icra mahkemesi verilen paranın alacaklı namına hıfzına ve ipotek kaydının terkinine karar verir. Bu karar tapu dairesine tebliğ edilerek ipotekli taşınmazın siciline geçirilir.

Vadesi gelmeyen borcun ipotek senedi mucibince işlemiş ve işleyecek bütün faizleri ile birlikte tediye-sini deruhte eden borçlu hakkında da yukarı ki hüküm cereyan eder.

Türk Ticaret Kanununun gemi ipoteği hakkındaki 930 ve 931. maddeleri mahfuzdur".

(104) Nitekim 12. H.D.'nin 01.07.2004 tarihli, E. 14331, K. 17404 sayılı kararında ipotek nedeni olan borcun olmadığı yönündeki bir talebin 153. madde kapsamına girmediği ve genel hükümler uyarınca ipoteğin fekkinin talep edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Bkz. ERİŞ, s. 772.

(105) PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 335-336; ÖZKAN, s. 803-804; İPEKÇİ, s. 634; KAÇAK, s. 1382-1384; KURU

bir para borcuna ilişkin ipotek için alacaklının ilamlı takip yoluna başvurmasının yanı sıra, ilamsız takip yoluna da başvurabilir.

İcra İflas Kanunu'nun 148, 148/a, 149/b, 150, 150/a, 150/b, 150/c, 150/d maddeleri ile İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 151, 152, 153. maddeleri, ipotegin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip yolunu düzenleyen hükümleri teşkil etmektedir.

Söz konusu düzenlemeler arasında birtakım farklılıklar yer almakla birlikte; İsviçre Hukuku'nda ipotekli taşınmazın aile konutu olması halinde takip talebinde bu duruma da yer verilmesinin öngörülmüş olması ile böylece diğer eşin de durumdan haberdar edilmesi, ödemede veya itirazda bulunabilmesinin sağlanmış olması üzerinde durulması gereken önemli konudur. Zira İcra İflas Kanunu'muzda bu hususta bir düzenleme mevcut bulunmamakta ve dolayısıyla Medeni Kanun düzenlemeleri ile beraber ele alındığında bir eksikliğin söz konusu olduğu görülmektedir.

KAYNAKÇA

- ALTAY, Sümer/ESKİOCAK, Ali: Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul 2007.
- ANSAY, Sabri Şakir: İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1948.
- AYDOĞDU, Murat: "İpotegin Paraya Çevrilmesi Yolu ile İlamsız Takip", Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, s. 319-347.
- BELGESAY, Mustafa Reşit: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, İstanbul 1948.
- DAVRAN, Bülent: Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972.
- DOĞAN, Murat: "Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2003, C. 52, S. 4, s. 93-130.
- ERİŞ, Gönen: En Son Değişikliklerle Gerekçeli Açıklamalı İcra ve İflas Kanunu, Ankara 2005.
- ERTAŞ, Şeref: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara 2005.
- GILLIERON, Pierre-Robert: Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 89-158, Suisse 2000.
- GÜRDOĞAN, Burhan: Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967.
- İPEKÇİ, Nizam: İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh), Ankara 2001.
- KAÇAK, Nazif: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 2006.
- KARAHACIOĞLU, Ali Haydar/DOĞRUSÖZ, M. Edip/ALTIN, Mehmet: Türk Hukukunda Rehin, Ankara 1996.
- KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2000, C. III.
- KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı ("El Kitabı"), İstanbul 2004.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2006.
- MUSTAFAOĞLU, Hüseyin: İcra-İflas Hukukunda Rehin ve Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takip, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001.
- ÖĞÜTÇÜ, A. Tahir/DOĞRUSÖZ, M. Edip: Rehin Hukuku, Ankara 1982.
- ÖZKAN, Hasan: Açıklamalı ve İçtihatlı İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı, Ankara 2004.
- PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2006.
- PEKCANİTEZ, Hakan: "İpotegin Paraya Çevrilmesiyle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Bankacılar Dergisi, İstanbul 2000, S. 33, s. 40-58.
- POSTACIOĞLU, İlhan: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1973.

-REİSOĞLU, Seza: İpoteğin Kapsamı-Hükümleri ve Ortaya Çıkan Sorunlar ("Sorunlar"), Ankara 1979.

-REİSOĞLU, Seza: "Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri", (<http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans/Seza.doc>).

-SİRMEN, Lale: "Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2003, C. 52, S. 1, s. 1-13.

-ŞENER, Yavuz Selim: Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, İstanbul 2005.

-ŞİPKA, Şükran: Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194), İstanbul 2004.

-UÇAR, Ayhan: "4721 Sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessese:Aile Konutu Müessesesi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Erzincan 2006, C. X, S. 1-2, s. 395-442.

-UMAR, Bilge: "Son (4949 Sayılı Yasa ile Getirilen) İİK Değişikliklerinin Sınıfsal İdeolojisi Yönünden Eleştirisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2004, S. 50, s. 85-96.

-UYAR, Talih: İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi ("Rehin"), Manisa 1992.

-UYAR, Talih: "İpoteğin İlamsız Takip Yolu ile Paraya Çevrilmesi (İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile İlamsız Takip)", İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul Ocak-Şubat-Mart 1984, C. 58, S. 1-2-3, s. 43-68.

-UYAR, Talih: "İlamsız Takiplerde Yetkili İcra Dairesi Belirleyen Kurallar" ("İlamsız Takip"), Ankara Barosu Dergisi, Ankara 1981, S. 4, Y. 38, s. 672-684.

-ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.

-YELEKÇİ, Memduh/YELEKÇİ, İlhami: Notlu İzahlı-İçtihatlı Uygulamada İcra ve İflas Kanunu, Ankara 1999.

İNTERNET SAYFALARI

<http://www.kazanci.com.tr>

<https://www.swisslex.ch>

TOHUMCULUK YASASI VE GENETİĞİ DEĞİŞTİRİLMİŞ ÜRÜNLER

Av. Ali Yaşar ÖZKAN

A) GENEL OLARAK

5553 Sayılı 8 Kasım 2006 tarihli Resmi Gazete yayımlanarak yürürlüğe giren Tohumculuk Kanunu'nun amacı; 1. maddede; *"bitkisel üretimde verim ve kaliteyi yükseltmek, tohumluklara kalite güvencesi sağlamak, tohumluk üretim ve ticareti ile ilgili düzenlemeleri yapmak ve tohumculuk sektörünün yeniden yapılandırılması ve geliştirilmesi için gerekli olan düzenlemeleri gerçekleştirmektir"* şeklinde düzenlenmiştir.

Tohumculuk yasası önemli bir yasa olmakla birlikte bundan önce ele alınması gerekli Biyogüvenlik Yasasının çıkarılmadan böyle bir düzenleme yapılması ve en başta da GDO (Genetically Modified Organisms-Genetiği değiştirilmiş ürünler) konusunda düzenlemeye gidilmemiş olması, kanunun yorumu ile adeta bu ürünlerin serbestçe hiçbir denetimden geçmeksizin ülkemize girebilmesini ve dolayısıyla ülkemiz açısından ciddi genel sağlık sorunları ve sair milli güvenliğimizi tehdit edebilecek bir konu olarak açık bırakılmıştır.

Bu bakımdan acil olarak Biyo Güvenlik Yasası'nın düzenlenerek kanunlaşması gereklidir. Öte yandan Türkiye'nin yıllık 2 milyon ton civarında en büyük GDO'lu mısır yetiştiricisi Arjantin ve ABD'den mısır ithal ettiği düşünüldüğünde konunun önemi bir kez daha anlaşılacaktır. Besin zincirinde hayvan özellikle tavuk yemi olarak kullanılan mısırın, yetişen hayvanın tüketmesi sonucunda dahi insan sağlığına sonradan giderilmesi olanaksız zararlar verebileceği gen bilimcilerin ve tıp doktorlarınca bildirilmektedir.

Türkiye'de ilk düzenleme ise, genetik olarak değiştirilmiş organizmaların uygulamaya aktarılan önemli bir grubunu oluşturan transgenik çeşitler ile ilgili olarak "Transgenik Kültür Bitkilerinin Alan Denemeleri Hakkında Talimat" adı altında 1998 yılında Tarım ve Köyişleri Bakanlığı

tarafından çıkarılmıştır. Bu konudaki düzenleme çalışmaları transgenik organizmaların üretilmesi ve pazara sürülmesi konularını da kapsamaktadır.

Geniş çaplı bir çalışmanın başlangıcı olaraksa, 2001-2005 dönemini kapsayan 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı'nın hazırlanmasında, biyogüvenlik ile ilgili düzenlemelerin ele alınacağı "Biyoteknoloji ve Biyogüvenlik" alt komisyonunun oluşturulması gösterilebilir.

Konu üzerinde araştırmalarını sürdüren Bilim Kurulları, GDO'lu ürünlerin insanların bağışıklık sisteminde, merkezi sinir yapısında tahribatlar yapabileceği, mikroplu hastalıklara karşı kullanılacak antibiyotiklerin etkinliğini azaltabileceği, kanser ve allerjik reaksiyonlara neden olabileceği üzerinde ısrarla durmaktadırlar. Vücutta toksinler oluşturduğuna ve toksinlerin uzun dönemde insan sağlığına olan etkilerine ilişkin yeterli bilgi bulunmamaktadır. Transgenik ve normal patateslerle beslenen iki grup farede yapılan çalışmada; normal patateslerle beslenenlerde hiçbir sorun olmamasına karşın, transgenik ürünlerle beslenenlerin sindirim sistemlerinde önemli zararlar belirlenmiştir .

Transgenik bitkilerin doğrudan ve dolaylı olarak kanserojen etkisinin olabileceği birçok araştırmacı tarafından belirtilmektedir. Özellikle, herbisitlere dayanıklı transgenik pamuk, soya, mısır ve kolza çeşitlerinde kullanılan "bromoxynil" ve "glufonsinate" gibi kimyasal maddelerin doğrudan kanser yapıcı oldukları bilinmektedir .

B) ULUSÜSTÜ MEVZUAT

Anayasanın 90. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7. md.)

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. Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası protokolden de burada bahsetmekte yarar var

a) CARTAGENA BİYOGÜVENLİK PROTOKOLÜ (CBP)

Birleşmiş Milletler (BM) Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin 8(g) ve 19.3 maddelerinin uygulanmasına yönelik olarak ve Sözleşmenin II/5 no'lu Taraflar Konferansı Kararı gereğince hazırlanan Biyogüvenlik Protokolü 130'dan fazla ülke tarafından 29 Ocak 2000 tarihinde Fransa'da kabul edilmiştir. Türkiye 24 Mayıs 2000 tarihinde Protokolü imzalamıştır. Şim-

diye kadar 107 ülke Protokolü imzalamıştır. Transgenik organizmaların sınırötesi hareketlerini düzenleyen “Cartagena Protokolü”nü imzalayan Türkiye, biyolojik çeşitliliğin korunması, biyolojik kaynakların sürdürülebilir nitelikte kullanılması, bu konuda bilinç düzeyinin yükseltilmesi, yasal düzenlemelerin yapılması ve teşvik siteminin getirilmesi gibi konularda sorumluluk almıştır. Protokol temel olarak transgenik organizmaların olumsuz etkilerinden çevreyi korumayı amaçladığından özellikle transgenik tohumlukların ticaretinde önemli etkisinin olması beklenmektedir. Türkiye tarafından 24 Mayıs 2000’de imzalanan protokol ancak 17 Haziran 2003 tarihinde TBMM tarafından onaylanmıştır.

Protokol insan sağlığına ilişkin riskleri de dikkate alarak biyoçeşitliliğin sürdürülebilir kullanımı ve korunmasına etkisi olabilecek tüm GDO’ların sınır aşan hareket, transit, ele alınış ve kullanımını kapsamaktadır. Ancak, insan kullanımına yönelik GDO’lu eczacılık ürünleri eğer başka bir uluslararası sözleşme veya düzenlemede yer alıyor ise Protokol kapsamı dışında tutulmuştur.

Protokol ile asıl olarak GDO’ların uluslararası ticaretine bir düzenleme getirilmektedir. Bu itibarla Protokolün “Biyo-Ticaret Protokolü” olarak isimlendirildiği de görülmektedir.

Diğer taraftan, CBP’de gıda güvenliği (food safety) konusu yer almamıştır.

İşlenmiş gıda ürünleri de Protokol kapsamı dışında bırakılmıştır.

Ön Bildirim Anlaşması (m.7) Protokolün önemli mekanizmalarından biridir. GDO’ların ilk sınır aşan hareketinden önce izlenmesi zorunlu bir prosedürdür. İhracatçı ithalatçı ülkeye ilk yüklemeden önce (the first shipment) GDO’ları tanımlayan yazılı ve ayrıntılı bilgi sağlamak zorundadır. İthalatçı bilginin alındığını 90 gün içinde karşı tarafa yazılı olarak bildirecektir ve 270 günü aşmadan açıkça bu yüklemeyi onayladığını ya da ret etmesi halinde de nedenlerini bildirecektir. Bununla birlikte, sözkonusu süre içerisinde herhangi bir karar bildirilmemesi ithalatın onayı veya reddi anlamına gelmemektedir. İleri Bildirim Anlaşması sürecinden beş tip GDO hariç tutulmuştur.

b) ÖN BİLDİRİM ANLAŞMASI SÜRECİNİN UYGULANMASI

1. Madde 5 ve 6’ya tabi olmak üzere, Madde 8-10 ve 12’de verilmiş olan Ön Bildirim Anlaşması işlemleri ithalat Tarafının çevresine kasti olarak yerleştirilmek üzere değiştirilmiş canlı organizmaların ilk kasti sınır ötesi hareketi öncesinde geçerli olacaktır.

2. Paragraf 1’de sözü edilen “Çevreye kasti yerleştirme” gıda ya da yem veya işleme amaçlı olan değiştirilmiş canlı organizmalar için geçerli değildir.

3. Madde 11, değiştirilmiş canlı organizmaların gıda ya da yem ya da işleme amacını taşıyan değiştirilmiş canlı organizmaların ilk sınır ötesi hareketinden önce geçerli olacaktır.

4. Ön Bildirim Anlaşması işlemleri, bu Protokolün Taraflarının Toplantısı niteliğini taşıyan Taraflar Konferansı kararı ile insan sağlığı üzerindeki riskler de göz önüne alınarak biyolojik çeşitliliğin korunması ve sürdürülebilir kullanımı üzerinde olumsuz etkiye sahip olması olası görülmeyen biçimde tanımlanan değiştirilmiş canlı organizmaların kasti sınır ötesi hareketi için geçerli olmayacaktır.

Protokol tarafları ileride bu kapsamı genişletmeye karar verebilirler. Bu kategorilerin anılan prosedürden hariç tutulması, ülkelerin kendi ithalat mevzuatında düzenleme yapamayacakları anlamına gelmemektedir.

Ülkeler risk değerlendirmesi (m.15) temeline dayanarak GDO'ları ithal edip etmeyeceklerine karar vereceklerdir. Değerlendirmeler GDO'ların insan sağlığı üzerindeki riskler de göz önünde bulundurularak, biyolojik çeşitliliğin korunması ve sürdürülebilir kullanımı üzerinde olabilecek potansiyel olumsuz etkilerin tanımlanması ve değerlendirilmesi amacıyla, en az Protokolün 8. maddesinde istenen bilgilere ve bilimsel olarak sağlam temellere dayanacaktır. Ancak, ilgili bilimsel bilgilerin yokluğu veya yetersizliği durumunda, bir ülke ön önlem alma veya ihtiyat yaklaşımını (precautionary approach) kullanabilir ve GDO'ların ithalatını reddedebilir. Risk ile ihtiyat arasında bir seçim yapılması söz konusu olmaktadır. Riskin kabul edilmesi sonucu çevrede ve/veya insan-hayvan sağlığına önemli bir zarar veya beklenenden daha küçük bir zarar ortaya çıkabilir. Tercihin ihtiyattan yana yapılması halinde ise, zararın ortaya çıkması ya önlenemez ya da umulandan çok düşük olması sağlanabilir. Bunun maliyeti ihtiyat için alınacak önlemin niteliğine göre değişiklik gösterecektir.

Ayrıca, ithalatçının GDO ithalatına karar verirken sosyal ve ekonomik değerleri de dikkate alabileceği hükmü önemli hükümlerden birisidir.

İthalatçı ihracatçının risk değerlendirmesi yapmasını şart koşabilecektir. Protokol GDO'lara ilişkin önemli mekanizmalar kurarken, gıda, yem ve işleme amaçlı GDO'lar için çevreye kasti salınacak GDO'lardan farklı bir işlem öngörmesi Protokolün uygulama gücünü zayıflatmaktadır.

Protokol metninin hazırlanması sırasında tüm konular çözüme ulaştırılamamış olup, sorumluluk ve telafi, karar sürecinin kolaylaştırılması, Protokole uyum süreci ve işleyişi ile izleme ve rapor verme sistemlerinde Protokolün taraflar konferansına görev verilmiştir.

CBP ilk bağlayıcı küresel biyogüvenlik rejimi olup ve belli GDO'ların sınır ötesi hareketlerine ilişkin önemli uluslararası yükümlülükler getirmiştir.

Protokol esas olarak GDO'ların potansiyel olumsuz etkilerinden çevreyi korumayı amaçladığından tarımsal ticarete en çok etkisini ekilmek üzere ihraç/ithal edilen tohumlar üzerinde gösterecektir.”

C) YARGISAL UYGULAMA

GDO'lu ürünlerle ilgili olarak 2 ŞUBAT 2006 tarih ve 26068 sayılı resmi gazete de yayınlanarak yürürlüğe giren Orman Yetiştirme Materyallerinin Ticareti yönetmeliğine karşı Ziraat Mühendisleri Odasının açtığı dava da Danıştay 8. Dairesi tarafından yürütmenin durdurulmasına 2006/1455 E. sayılı dosyada karar verilmiştir.

Söz konusu yönetmeliğin 6. maddesine göre “-Genetik yapısı değiştirilmiş organizmaların (GDO) onayı ve çevresel risk değerlendirmelerinde aşağıdaki yol izlenir.

a) Bu Yönetmeliğin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sözü edilen ana materyalin GDO'dan üretilmiş orman yetiştirme materyali olması durumunda, bu materyal ancak insan ve çevre sağlığı için güvenli olma niteliğine sahip ise onaylanır.

b) (a) bendinde sözü edilen GDO'dan üretilmiş orman yetiştirme materyalin çevresel risk değerlendirmesi Yetkili Birim tarafından yapılır.” demek suretiyle GDO'lu ürünlerin ticaretine ihracat ve ithalatına olanak sağlanmıştır. Danıştayın verdiği kararlar zararsız oldukları kanıtlanıncaya kadar GDO'lu ürünlerin Türkiye'ye giremeyeceği kabul edilmiştir. Bu nedenle de İdari Yargılama Usulü Kanunu gereği gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak kabul edilen bu duruma ilişkin yasa koyucunun Biyo Güvenlik Yasası'nı çıkarmayarak yapamadığını Danıştay 8. Dairesi Ulus üstü norma dayanarak Anayasanın göndermesi ile engel olmuş ve kamusal yararı korumuştur.

D) TOHUMCULUK YASASI HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER

Anadolu'nun bitki çeşidi bakımından dünyanın en zengin coğrafya parçalarından olduğu 13 bine yakın bitki çeşidine ev sahipliği yaptığı bu hali ile Avrupa Kıtasında mevcut olan bitki çeşidinden daha fazla çeşide ve dolayısıyla bir gen bankasına sahip olduğu anlaşılacaktır. Bu zenginliğin değerlendirilerek verimli kullanılması için gerekli yasal düzenleme yapılmalıdır. Aksi takdirde Türkiye'den birçok bitki çeşidinin götürülmesi topraklarımızın verimsizleştirilerek ovalara sanayi kuruluşları kurularak bu bankanın kısa sürede bir bitki yokluğuna dönüşmesi uzak değildir. Söz gelimi 1 500'lü yıllarda Osmanlı da yetişen laleleri şimdi İstanbul Belediye'si Hollanda'dan ithal etmektedir.

Kanunun eleştirel yaklaşılacak bir yönü de “Madde15 - Bakanlık, gerekli gördüğü hallerde, 5, 6, 7 ve 8. maddelerde belirtilen yetkilerini, kısmen veya tamamen Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebilir” şeklindeki düzenleme de oldukça riskli ve sakıncalı sonuçlara sebebiyet verebilecektir. Zira önceki yasal düzenlemede 308 Sayılı Tohumlukların Tescil Kontrol ve Sertifikasyonu hakkındaki kanunun 2. maddesinde de böyle bir hüküm bulunmakta ancak şimdi özellikle konulan bu hükmün kullanılmayacağı anlamına gelmeyecektir. Tohumların üretimi iç ve dış ticarete izin verilmesi ve benzeri yetkilerin devri tamamen denetimsiz bir piyasaya sebebiyet verebilir ki bunun da ne gibi tehlikelere yol açacağı bizim gibi gelişme devresindeki ülkemiz yönünden tehlikeli sonuçlar ortaya koyabileceği bilinmektedir. Yetkinin bir kısmının özellikle kamu kurumu niteliğindeki üniversite ve kamu tüzel kişilerine devri denetim yetkisinin bakanlıkta saklı kalması şartıyla kamu yararına olabilir. Ancak özel kuruluşlara hele de tohumculuk sektörünün yabancı kaynaklı şirketlere bırakılması sonucunu doğuracak bir duruma bırakılması gerçekten de birçok yönden sakıncalı olabilecektir. Zira ülkemizde yerli, oturmuş, piyasası yerleşmiş, kökleşmiş pek az tohumculuk kuruluşu bulunmaktadır. Bu konuda birliklerinde sürece aktif katılımı sağlanarak denetim yetkisi mutlaka bakanlıkta olmalıdır. Bilim ve teknoloji yetersizliğinden kurtulup tohumculukta da ileri düzeydeki ülkelere yetişmek ve hatta geçmek olasıdır. Ancak bunun yolu yetkilerin özel şirketlere devri şeklinde, kesinlikle olmamalıdır.

Üniversitelerdeki sorunlar planlama sorunları ziraat mühendislerinin istihdamındaki sorunlar, toprak reformu ülkenin sağlıklı olarak tamamının kadastro yapısının oluşmaması bu konudaki önemli eksikliklerimizdir.

Öte yandan yasadaki önemli bir konu da Birlik Hakem Kurulu ve bu kurula verilen görevlerle ilgilidir. Kanunun 33. maddesine göre , “Birlik Hakem Kurulu alt birliklerin kendi üyeleri arasından iki yıl için seçecekleri, konu uzmanı en az ikişer temsilciden oluşur. Seçilen temsilci sayısı kadar da yedek temsilci seçilir. Temsilcilerin birliklerden çıkması, çıkarılması, ölümü, istifası hallerinde yerlerine yedek temsilciler Hakem Kuruluna katılır. Hakem Kurulu asıl üyeliğine seçilen temsilciler, Birlik ve alt birlik organlarında görev alamazlar.

Hakem Kurulunun görevleri şunlardır:

“Birlik ve alt birlikler, alt birlikler ve üyeleri ile alt birlik üyeleri ve üçüncü kişiler arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkları uzlaşma, arabuluculuk ve hakemlik yoluyla çözmek”tir Bu konuda kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan kurumun üçüncü şahıslar olan sözleşmeli tohum üreticileri ve tohumu kullanan çiftçilerle birliğe üye tohumculuk

şirketleri arasında çıkacak ihtilafları çözüme kavuşturan bir yargı yetkisi verilmektedir.

Çiftçi kendisinin temsil edilmediği büyük şirketlerin elemanlarından seçilen bu kuruldan nasıl adil bir sonuç alabilir. Zira kullandığı tohumu üreten şirkete ilişkin nasıl bu hakem kurulu hukuka uygun eşitlikçi bir karar verebilir. Bu konuda özellikle düzenleme eksiktir. Hukuka uymamıştır. Zira bu kurullar ancak meslek etiğine aykırılıkları denetler ve yaptırımlarla mesleği koruma altına alır. Bunun dışında ki ihtilafları yargı erki yani mahkemeler çözer, çözmesi gerekir.

E) SONUÇ

Türkiye’de modern bitkisel biyoteknoloji başlangıç aşamasında olup, transgenik bitkilerin ticari olarak üretilmeleri yasal olarak söz konusu değildir. Birçok kurumda temel biyoteknoloji çalışmaları yapılmakla birlikte, henüz transgenik çeşit geliştirme aşamasına gelinememiştir. Bu nedenle, Türkiye bu çeşitleri kullanma potansiyeli olan ülke konumundadır. Bitkisel biyoteknoloji ile ilgili ekonomik göstergeler, bu alandan yararlanma olanaklarının önümüzdeki dönemlerde dünyada daha da artacağını göstermektedir. Türkiye’de ise, kullanma aşamasına geçilmeden önce, bitkisel biyoteknoloji ile ilgili yasal düzenlemelerin eksiksiz yapılması sağlanmalı, ülkenin coğrafi yapısı ve bitkisel gen kaynaklarının durumu gibi özel koşulları da dikkate alınarak, Avrupa Birliği’nin bu konudaki kurallarının benimsenmesine ve uluslararası sözleşmelerden (CARTAGENA BİYOGÜVENLİK PROTOKOLÜ) kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesine özen gösterilmelidir.

Konu üzerinde araştırmalarını sürdüren bilim çevreleri, GDO’lu ürünlerin insanların bağışıklık sisteminde, merkezi sinir yapısında tahribatlar yapabileceği, mikroplu hastalıklara karşı kullanılacak antibiyotiklerin etkinliğini azaltabileceği, kanser ve allerjik reaksiyonlara neden olabileceği üzerinde ısrarla durmaktadırlar. Sağlık, çevre, agronomi, ekonomi, üretici ve tüketici hakları açısından önemli risklerinin olması nedeniyle, başta Avrupa Birliği Ülkeleri olmak üzere, birçok ülkede transgenik çeşitler kullanılmamaktadır.

Bir ilacın bile insanlar üzerinde yaygın kullanılabilmesi için 20-25 yıllık çalışmalar gerektirdiği halde, henüz 1996 ‘larda ortaya çıkan ve beraberlerinde pek çok riski taşıyan GDO’lu ürünleri insanlara, bilgilerinin dışında kullanılmak için gösterilen bu aceleci tavır bütün tüketicileri, sağlık ve denetim birimlerini düşündürmelidir. (H.K. BÜYÜKÖZER. DR. Müh. derlemesi)

Bugün GDO’lu tohumlarla ekimin yaygın yapılması, yasası ve yönetmeliği çıkmış olan “Organik Tarımı” da tehdit etmektedir. Halen Biyo Güvenlik kanunumuz yoktur. Bu sebeple GDO’lu ürünlerin araştırılması ve tespiti ile zararlarına ilişkin sağlıklı çalışma yapılamamaktadır. Bu durumda, tohumun, toprağın, suyun temiz tutulabilmesi, GDO’lu yaygın

ekimden dolayı risk altındadır. Ülkemizde de, GDO'lu tohum, gıda ve katkı maddelerinin etiketlerinde mutlaka GDO'lu olduğu bilgisi kanuni zorunluluk olmalıdır. Hiçbir şekilde tüketicinin bilgisinin dışında, içeriğine onay vermeyeceği bir ürünü satmaya kimsenin hakkı yoktur. Bu tüketicinin yasal hakkı olduğu gibi buna aykırı davranış ise başlıca insanlığa karşı yöneltilmiş büyük bir suçtur. GDO'lu bitkiler, doğada yetişen diğer bitkilerden farklı olarak, gen yapılarında kendi türlerine ait olmayan genleri taşıdıklarından, bu bitkilerin yetiştirildiği ülkelerde, başta sağlık olmak üzere, çevre ve sosyo-ekonomik yapı üzerinde önemli riskler söz konusu olmaktadır.

Bu bakımdan Biyogüvenlik yasının çıkarılmasının gerekliliği yanında yeterli araştırma geliştirme çalışmaları için üniversiteler desteklenmeli ve buna ilişkin izleme ve denetim koşulları sağlanmalıdır. Özetle özellikle yukarıda sıralanan nedenlerle Tohumculuk Yasasının aksak ve olumsuz yanlarının giderilmesi için kısa sürede Biyo Güvenlik Yasası çıkarılmalıdır. GDO'lu ürünlerin izleme ve denetimine ilişkin düzenleme yapılmalı, zararsız oldukları kanıtlanıncaya kadar GDO'lu ürünlerin Türkiye'ye giremeyeceği kabul edilmeli, Tohumculuk Kanunundaki yetkilerin özel şirketlere devri ve Hakem Kurulunun yetkileri, uyuşmazlıkları çözmek konusundaki görevleri yönünden yeniden düzenlemeye tabi tutulmalıdır.

KAYNAKLAR

1) TARIM TEKNOLOJİLERİNDE YENİ YAKLAŞIMLAR VE UYGULAMALAR:

Bitki Biyoteknolojisi, Prof. Dr. Murat ÖZGEN Ankara Üniversitesi, Ziraat Fakültesi, Tarla Bitkileri Bölümü, Ankara

Prof. Dr. Filiz ERTUNÇ Ankara Üniversitesi, Ziraat Fakültesi, Bitki Koruma Bölümü, Ankara

Doç. Dr. Gülcan KINACI Osmangazi Üniversitesi, Ziraat Fakültesi, Tarla Bitkileri Bölümü, Eskişehir

Dr. Mustafa YILDIZ, Melahat BİRSİN, Hakan ULUKAN Ankara Üniversitesi, Ziraat Fakültesi, Tarla Bitkileri Bölümü, Ankara

Dr. Haluk EMİROĞLU Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara

Arş. Gör. Nur KOYUNCU A.Ü. Ziraat Fakültesi, Tarla Bitkileri Bölümü, Ankara

Doç. Dr. Cengiz SANCAK.A.Ü. Ziraat Fakültesi, Tarla Bitkileri Bölümü, Ankara

2) Martin, S. 1999. Immunological Reactions to DNA and RNA. Available at:

http://www.asehaql.org.au/Food/immunological_reactions_to_dna.htm

3) Cumhuriyet Tarım Eki 2006-2007 sayıları

4) Hazina Ve Dışı Ticaret Müsteşarlığı ithalat verileri

5) H.K.BÜYÜKÖZER.DR.Müh. derlemesi



İFLASIN ERTELENMESİ DAVALARINDA İİK 89. MADDENİN UYGULANMA BİÇİMİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. Seyithan DELİDUMAN^(*)

I- GENEL OLARAK

Bazı durumlarda borçlunun elindeki haczedilebilen, diğer bir ifade ile, haczin konusunu oluşturan mallar¹ alacaklının alacağını karşılamaya yetmez ya da doğrudan borçlunun mallarına el konulması alacaklının menfaatine uygun düşmez. Bu gibi durumlarda alacaklı, borçlunun elindeki malları haczedilebilmesinin yanında, üçüncü kişilerdeki malları ve alacakları da, alacaklının bunu iddia etmesi (ve haciz istemesi) üzerine haczedilir². İşte, borçlunun üçüncü kişilerdeki mal ve alacaklarının haczinde alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi arasındaki menfaat dengesini sağlamak amacıyla, m. 89 hükmü konulmuştur³.

Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarından maksat, borçlunun bir kıymetli evraka bağlı olmayan, yani hamiline ait olmayan veya cirosu kabil bir senede bağlı bulunmayan alacaklardır (m. 89, I)⁴. Zira, borçlunun üçüncü bir kişideki alacağı⁵, hamiline ait bir senede veya poliçe ve sair cirosu kabil bir kıymetli evraka dayanmakta (bağlı) ise, bu kıymetli evrak ve bu kıymetli evrakta teccüm eden alacak, m. 89 hükümlerine göre değil, taşınır mallar gibi haczedilir (m. 88, I)⁶.

(*) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Öğretim Üyesi

(1) Haczin konusunu borçlunun haczi kabil taşınır ve taşınmaz malları ile üçüncü kişilerdeki alacakları ve diğer parasal malvarlığı değerleri oluşturur (Pekcanitez H/Atalay O/Sungurtekin-Özkan M/Özokes M., İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2007, s. 207).

(2) Yavaş, M., Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK m. 89), İstanbul 2005, s. 1.

(3) Kuru, B., İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2004, s. 403.

(4) İİK m. 89'da bu husus 'Hamiline ait olmayan veya cirosu kabil bir senede müstenit bulunmayan bir alacak...' şeklinde ifade edilmiştir.

(5) Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacakların genel olarak maaş ve ücretler ile maaş ve ücretler dışındaki alacaklar olarak ikiye ayrıldığı ifade edilmektedir (Arslan R., Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi, Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 93). Borçlunun maaş ve ücretlerinin haczi İİK m. 355'te basit usule göre ayrıca düzenlenmiştir.

(6) Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özokes, s. 213; 19 HD. 12.12.2000, 6124/6722 (YKD 2001/8, s. 1235).

O halde İİK m. 89'da, borçlunun üçüncü şahısta bulunan ve kıymetli evraka bağlı olmayan alacakları ile menkul mallarının veya sair talep haklarının nasıl haczedilebileceğini düzenlemektedir⁷.

İflasın ertelenmesi davalarında İİK m. 89'un uygulanmasına ilişkin bu çalışmayı yapmamızın asıl sebebi Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 12.04.2007 tarihli kararıdır. Söz konusu karar şu şekildedir;

*"...İflasın ertelenmesi halinde uygulanacak tedbirler genel olarak İcra İflas Kanunu'nun 179/a maddesinde gösterilmiştir. Ancak bu tedbirlerin alacaklıların ve üçüncü kişilerin maddi hukuksal doğan talep de def'i haklarını kısıtlamayacak ölçüde olması gerektiği, somut olayda takas, mahsup, temlik ve 3. kişiye devir yapılmaması, 1. haciz ihbarnamesi gönderilmemesi konusunda tedbir kararı verilmesinin açıklanan ilkeye aykırı bulunduğ, hükmün bu noktadan bozulması gerekmiştir"*⁸.

Belirtmemiz gerekir ki, Yargıtay'ın bu kararıyla ilgili incelememiz sadece, kararın 1. haciz ihbarnamesi gönderilmesiyle ilgili kısmıyla ilgilidir.

II- İFLASIN ERTELENMESİ DAVALARINDA m. 89'UN UYGULANMA BİÇİMİ

İflasın ertelenmesi davalarında İİK m. 89'un uygulanma biçimi, m. 89 gereğince tebliğ edilen haciz ihbarnamesinin hukuksal niteliği ve iflasın ertelenmesi kurumunun hukuksal niteliği ile yakından bağlantılı olduğundan, öncelikle üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi tebliğinin hukuksal niteliğinin ve iflasın ertelenmesi kurumunun amacının ve nihayet, iflasın ertelenmesi talebi üzerine, mahkemenin, erteleme yargılaması devam ederken ihtiyati tedbir kararı verip veremeyeceğinin ortaya konulması gerekir.

1- İİK m. 89'a Göre Haciz İhbarnamesi Tebliğinin Hukuksal Niteliği:

İİK m. 89 gereğince üçüncü kişiye haciz ihbarnamesinin tebliğinin hukuksal niteliğinin tespiti icra takip işlemi sayılıp sayılmaması ile yakından bağlantılıdır. İcra takip işleminin neyi ifade ettiği ne İcra ve İflas Kanunu'nda ne de başka bir kanunda tarif edilmiştir. Ancak kanun bu tabire kavram olarak yer vermektedir⁹.

Doktrinde¹⁰, icra takip işlemi şu şekilde tanımlanmaktadır;

(7) Arslan, s. 94; Yavaş, s. 9; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 213.

(8) 19. HD, 12.4.2007, 331/3708 (yayınlanmamıştır).

(9) Üstündağ, S., İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 31; Kuru, s. 129.

(10) Kuru, s. 130; Yavaş, s. 57. Öztekin tarafından yapılan tanım ise; 'İcra organları tarafından borçluya karşı yapılan ve cebri icra takibinin ilerlemesini hedef tutan, diğer bir deyişle alacaklıyı borçlunun malvarlığından tatmin gayesine yaklaştırmaya elverişli olan işlemler' şeklindedir (Öztekin, s.102). Benzer bir tanım için bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 50.

İflasın Ertelenmesi Davaları ve İİK m. 89 • Doç. Dr. S. Deliduman 2603

İcra takip işlemi, icra dairesi tarafından yapılan, alacaklıyı alacağına yaklaştıran ve borcunun malvarlığını veya geniş anlamda hukuki durumunu olumsuz yönde etkileyen işlemlerdir.

Bir işlemin icra takip işlemi sayılabilmesi için belli başlı üç unsurun bulunması gerektiği genellikle kabul edilmektedir¹¹.

- İcra takip işlemi icra organlarınca yapılmalıdır, icra organları dışında örneğin alacaklının (takip talebi gibi), borçlunun (ödeme emrine itiraz gibi) veya üçüncü şahsın (istihkak iddiası gibi) işlemleri icra takip işlemi olarak nitelendirilmez¹².

- İcra takip işleminin ikinci şartı, borçluya karşı yapılmış olmasıdır; genellikle icra takip işlemi olarak nitelendirilen işlemler borçluyu hukuki açıdan olumsuz yönde etkileyen işlemlerdir.

- İşlemin icra takip işlemi olarak nitelendirilmesi için bulunması gerekli bir diğer şart ise, o işlemin cebri icranın ilerlemesini sağlayıcı nitelikte olmasıdır. Başka bir ifade ile, icra takip işlemi alacaklıyı alacağına yaklaştırmış olmalıdır¹³.

Belirtilen bu unsurlar bakımından, m. 89 gereğince gönderilen haciz ihbarnamesinin icra takip işlemi olduğundan tereddüt edilmemelidir. Zira, icra dairesi tarafından gönderilip cebri icranın ilerlemesini sağlayıcı nitelikte olan haciz ihbarnamesi tebliği, görünüşte borçluya karşı değil üçüncü kişiye karşı yapılıyor görünse de esas itibarıyla borçluyu hukuki açıdan olumsuz yönde etkilediğinden, bir başka ifade ile, haciz ihbarnamesinin üçüncü şahsa tebliğinde borçlunun şahsı rol oynadığından¹⁴ borçluya karşı yapılmış olma koşulu da gerçekleşmektedir.

O halde, m. 89 gereğince üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi tebliği işlemi bir takip işlemi olup¹⁵ takip işlemlerinin tabi olduğu hukuki hükümlere tabi olması gerekir.

2- İflasın Ertelenmesinin Amacı

İflasın ertelenmesi, sadece borca batıklık sebebiyle iflas davası veya iflas talebinin, mahkemece incelenmesi sırasında gündeme gelebilecek¹⁶,

(11) Kuru, s. 129; Üstündağ, s. 32; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 50; Yavaş, s. 56-57.

(12) Yargıtay'a göre, mahkemeden alınan ve icra dairesince uygulanan ihtiyati haciz kararı da icra takip muamelesi değildir (Üstündağ, s. 32).

(13) Karş. Postacıoğlu, İ.E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 234.

(14) Üstündağ, s. 32.

(15) Yavaş, 58.

(16) Atalay, O., Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007, s. 68.

TTK m. 324'te¹⁷ düzenlemesi bulunan ancak 4949 ve 5092 sayılı kanunlarla İcra ve İflas Kanununda m. 179¹⁸ vd.'da açıkça düzenlenmiş bulunan iflasın ertelenmesi kurumunun amacının kısaca ortaya konulması yararlı olacaktır.

İflasın ertelenmesi, ticaret mahkemesine, borca batık durumda olan bir sermaye şirketi hakkında iflas kararı vermektan, belli koşullarla geçici olarak sarfinazar etme imkanını veren ve iflasın önlenmesine hizmet eden, şirketler hukukuna özgü geçici hukuki koruma niteliğinde bir kurumdur¹⁹.

İflasın ertelenmesi, bir yandan mali durumunun düzelmesi imkanı bulunan bir sermaye şirketinin iflastan kurtularak varlığını sürdürebilmesi; diğer yandan, sermaye şirketinin iç işlerine ve dolayısıyla mali durumuna yabancı olan alacaklıların, şirket tarafından yapılan borca batıklık bildirimini üzerine, beklenmedik bir anda ortaya çıkan iflas sebebiyle uğrayabilecekleri zararlara karşı korunması amaçlarına hizmet eder²⁰.

İflasın ertelenmesinin asıl amacının borçlu şirketi veya alacaklıları korumak olduğu ileri sürülebilirse de bu yararlılardan hangisinin esas alınması veya öncelikli olarak kabul edilmesi gerektiği tartışmalıdır. Kanunun lafzına baktığımızda daha çok erteleme talebinde bulunan şirketin menfaatlerinin korunmasının esas alındığını söylemek mümkündür. Nitekim bu husus bazı Yargıtay kararlarından da açıkça ifade edilmiştir²¹.

(17) TTK m. 324 hükmü şu şekildedir: 'Şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcutsa idare meclisi aktiflerin satış fiyatları esas olmak üzere bir ara bilançosu tanzim eder. Esas sermayenin üçte ikisi karşılıksız kaldığı takdirde, umumi heyet bu sermayenin tamamlanmasına veya kalan üçte bir sermaye ile iktifaya karar vermediği takdirde şirket feshedilmiş sayılır. Şirketin aktifleri şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediği takdirde idare meclisi bu durumu derhal mahkemeye bildirmeye mecburdur. Mahkeme bu takdirde şirketin iflasına hükmeder. Şu kadar ki; şirket durumunun uslahı mümkün görülüyorsa idare meclisi veya bir alacaklının talebi üzerine mahkeme iflas kararını tehir edebilir. Bu halde mahkeme, envanter tanzimi veya bir yediemin tayini gibi şirket mallarının muhafazası için lüzumlu tedbirleri alır.'

(18) İİK m. 179 hükmü şu şekildedir: 'Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borçlarının aktifinden fazla olduğu idare ve temsil ile vazifelenendirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye halinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemeye tespit edilirse, önceden takibe hacet kalmaksızın bunların iflasına karar verilir. Şu kadar ki, idare ve temsil ile vazifelenendirilmiş kimseler ya da alacaklılardan biri, şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olduğuna dair bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesini isteyebilir. Mahkeme projeyi ciddi ve inandırıcı bulursa, iflasın ertelenmesine karar verir. İyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğunu gösteren bilgi ve belgelerin de mahkemeye sunulması zorunludur. – Mahkeme, gerekli görürse idare ve temsille vazifelenendirilmiş kimseleri ve alacaklıları dinleyebilir. İflasın ertelenmesi talepleri öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılır'.

(19) Özekes, M., İflasın Ertelenmesi, *Legal Hukuk Dergisi*, 2005/9, s. 3256,3258; Atalay, s. 73; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 423.

(20) Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 423.

(21) '... iflasın ertelenmesi kurumu erteleme talebinde bulunan şirketin menfaati göz önüne alınarak düzenlenmiş ise de alacaklıların menfaatleri de şüphesiz korunmalıdır...' (19 HD. 30.12.2004, 4633/13435 : Balci Ş., İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007, s. 467; 19.HD 10.03.2005, 2004/13373 K, 2005/2443 K: Özbek, s. 23, dn. 17bis; 19. HD. 12.11.2004, 7679/11354: Balci, s. 471; 19. HD. 30.12.2004, 7270/13440 : Günel M., İflas Davaları ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2006, s. 246)

Fakat günümüzde, hem borçlu şirketin hem de alacaklıların fiilen iyileştirmeden yararlandıklarına ve genel olarak bunların menfaatlerinin birbirinden ayrılmadığına işaret edilerek, iflasın ertelenmesinde borçlu şirketin ve alacaklıların eşit olarak dikkate alınmaları gerektiği savunulmaktadır²².

Yargıtay verdiği bir kararında iflasın ertelenmesinin amacını şu şekilde ifade etmiştir; 'İflasın ertelenmesi, borca batık durumda olan bir sermaye şirketi ve kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olması halinde iflası önleyen bir kurumdur. İflasın ertelenmesinde amaç, sermaye şirketi ve kooperatifin ekonomi içinde kalarak faaliyetine devamını sağlamak ve alacaklıların iflasına bağlı olumsuz sonuçlarından etkilenmemesidir'²³:

İflasın ertelenmesinin birden fazla amacı bulunmakla birlikte, en başta gelen amacının şirketin malvarlığının korunması olduğunu söylemek mümkündür. Doktrinde sayın Özbek bu hususu şu şekilde ifade etmektedir;

'İflasın ertelenmesinin en başta gelen amacı şirket aktifinin muhafaza edilmesidir. Bu nedendir ki, hakim, şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli her türlü tedbiri (İİK m. 179 a, f.1, c.1) alma yetkisi ile donatılmıştır'²⁴.

Belirtmek gerekir ki, şirket malvarlığının korunmasını mutlak anlamda yorumlamamak gerekir. Zira, şirketin malvarlığının korunmasındaki temel sebep alacaklıların yararının korunması olduğundan, şirket ve alacaklıların zararına olmayıp aksine yararına olacak şekilde malvarlığının azaltılması hallerinin kabulü gerektiğini düşünmekteyiz. Bunu şu şekilde örneklendirmek mümkündür; örneğin, bir şirketi birkaç yüzbin YTL değerinde lüks arabalarının veya kullanmadığı taşınmazlarının bulunduğunu kabul edelim. Böyle bir durumda şirkete ait lüks sayılabilecek olan ve şirketin faaliyeti açısından 1. derecede önem arz etmeyen bu araçların satılıp yerine daha az masraflı ve şirketin faaliyeti ile ilgili ticari araçların alınması ya da en azından lüks araçlar için ağır masraflar yapılmaması veya bunların azaltılması halinde şirketin malvarlığının gerçek anlamda azaltılmış olduğunu söylemek mümkün olmadığından bu nitelikteki malvarlığı azaltılmalarının mümkün görülmesi gerekir. Aynı durum atıl durumda bulunan ve satıldığında işletme sermayesinde kullanılabilecek taşınmazlar bakımından da söz konusudur.

Şirketin, belirtilen çerçevede, malvarlığının korunması, alacaklıların ve şirketin menfaatlerine birlikte hizmet edeceğinden iflasın ertelenmesi kurumunun amacı ile de uyum gösterir.

(22) Özbek, s. 22; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 423-424.

(23) 19. HD. 07.04.2005, 448/3753 (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 424, dn. 33).

(24) Özbek, s. 24.

3- İflasın Ertelenmesi Yargılaması Devam Ederken İhtiyati Tedbir Kararı Verilip Verilemeyeceği:

İflasın ertelenmesi talebi üzerine, mahkemece, henüz erteleme kararı vermeden, bir diğer ifade ile, iflasın ertelenmesi yargılaması devam ederken, ihtiyati tedbir kararı verip veremeyeceğinin de açıklığa kavuşturulması gerekir.

İİK m. 179/b'de erteleme kararının etkileri başlığı altında, erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış olan takipler durur (c.1). O halde iflas ertelenmesinde, takiplerin durması veya başka bir tedbir kararı, esas itibarıyla erteleme kararı ile birlikte verilebilmektedir. Acaba bu şekilde bir düzenleme, erteleme yargılaması sırasında ihtiyati tedbir yoluyla takiplerin durdurulması veya başka bir tedbir kararı verilmesine engel midir?

Hemen belirtmek gerekir ki, bu konuda, iflasın ertelenmesi talepleri hakkında karar veren ticaret mahkemeleri ve Yargıtay uygulamasına baktığında, mahkemelerce bu konuda karar verilebildiğinin kabul edilmediğini söyleyebiliriz.

Yargıtay verdiği bir kararında bu hususu dolaylı olarak şu şekilde ifade etmiştir; *'Davacı vekili... vadelerinde ödenmeyen senetlere dayanarak iflas yoluyla takibe geçildiğini, davalının takibe itiraz ettiğini ileri sürerek davalıların iflasına karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili iflasın ertelenmesi için açılan davanın derdest olduğunu belirterek davanın reddini istemiştir.- Mahkemece davalının takibe itirazının haksız olduğu, depo emrinde gösterilen meblağın ödenmediği gerekçesiyle iflasına karar verilmiştir, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle iflasın ertelenmesi talebi üzerine ticaret mahkemesince tedbir kararı verilmediğinden erteleme talebinin sonucu beklenmeyerek davaya devam edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir²⁵.*

Doktrinde, konu hakkında doğrudan çalışması bulunan yazarlar, bu konuda olumlu yönde, yani, iflasın ertelenmesi yargılaması devam ederken de ihtiyati tedbir olarak, İİK m. 17/b'de öngörülen tedbirlere karar verilebileceği yönünde, görüş beyan etmektedirler.

Konuya ilişkin olarak Öztekin; **'İİK m. 181'in atfıyla İİK m. 159/son fıkra burada uygulanmamalıdır. Çünkü İİK m. 159/son fıkra iflas davalarında tedbir yoluyla icra takiplerinin durdurulmasına engel olmaktadır. İflasın ertelenmesi talebi ise iflas talebi ile aynı şey değil-**

(25) 19. HD. 31.3.2005, 338/3430 (Öztek, s. 91). Yargıtay bir diğer kararında da bu hususu *'...İİK'nun 179/a maddesinde iflasın ertelenmesini talep eden şirketin malvarlığının korunması için mahkemece hertürlü tedbiri alma yetkisi tanınmıştır'* şeklinde ifade etmiştir. Dikkat edileceği üzere, Yargıtay bu yöndeki kararlarında, henüz iflasın ertelenmesi kararı verilmeden önceki tedbirlerden söz etmektedir.

dir' diyerek, mahkemenin, iflasın ertelenmesi yargılaması sırasında tedbir kararı verebileceğini kabul etmektedir²⁶.

Doktrinde Atalay ise bu konuda şunları ifade etmektedir; **'İflasın ertelenmesi kararının bir diğer etkisi de, mahkemenin şirket malvarlığını korumaya yönelik tedbirler alabileceğidir (TK m. 324, II). Bu muhafaza tedbirlerinin tümü birden mutlaka iflasın ertelenmesi kararı ile birlikte alınmak zorunda olmayıp, erteleme süresi içinde amaca hizmet ettiği ölçüde, başkaca muhafaza tedbirlerine de karar verilebilir**²⁷.

İflasın ertelenmesi yargılaması sırasında tedbir kararı verilebileceğini kabul eden başka yazarlar²⁸ da bulunmaktadır.

Kanımızca da iflasın ertelenmesi kurumunun amacı da dikkate alınarak HUMK m. 101 vd. hükümlerine uygun olarak, iflasın ertelenmesi talebine ilişkin yargılama devam ederken, mahkemece, İİK m. 179/b anlamında ve amaca hizmet ettiği oranda bunun dışında da ihtiyati tedbir kararı verilebilmelidir. Zira, iflasın ertelenmesi talebinin ilanı, bu talebe itiraz süresi vb. gerçekler ile yargılama süreci dikkate alındığında iflasın ertelenmesi talebi hakkında karar verilmesi yaklaşık olarak en az 3-6 aylık bir süreyi bulacaktır. Bu süre boyunca şirketin takiplere maruz kalması, mallarının muhafaza altına alınması ve sonuçta iflasın ertelenmesi kararı verilecek olsa bile bu kararın uygulanamaz hale gelmesi tehlikesi vardır. Bu ise iflasın ertelenmesiyle güdülen amaca tezat teşkil etmektedir. Ayrıca, bu durum iflasın ertelenmesi talebinin reddi sonucu iflas kararı verilmesi durumunda alacaklılar arasındaki eşitliği de bozacaktır.

Bu yüzden, iflasın ertelenmesi talebi üzerine, talebin yerindeliği ve kabul edilebilirliği konusunda yaklaşık bir ispatla yetinilerek en kısa zamanda tedbir kararının verilmesi iflasın ertelenmesinin başarıya ulaşması açısından adeta zorunludur. Kuşkusuz bu husustaki takdir yetkisi yargılamayı yapan mahkemenindir.

Yargıtay, iflasın ertelenmesi halinde uygulanacak tedbirlerle ilgili olarak, bu tedbirlerin üçüncü kişilerin maddi hukuktan doğan talep ve def'i haklarını kısıtlamamayı gerekli görmektedir.

Hukuk Genel Kurulunun yeni tarihli bir kararı şu şekildedir; *'İflasın ertelenmesi halinde alınacak tedbirler kural olarak maddi hukuka ilişkin talep ve def'i haklarını kısıtlamayacağı gibi üçüncü kişilerin durumunu etkiler nitelikte de olamaz...'*²⁹.

(26) Öztekin, s. 91.

(27) Atalay, s. 149.

(28) Pekcanitez, H., *İflasın Ertelenmesi*, İBD 2005/2, s. 336, 337. Altay, S., *Türk İflas Hukuku*, 1. Cilt, İstanbul 2004, s. 494.

(29) HGK 12.04.2007, 261/3707 (*Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 2007/3, s. 883)

III- İHTİYATİ TEDBİR KARARININ VERİLMİŞ OLMASI HALİNDE m. 89'UN UYGULANMA BİÇİMİ

Yukarıda belirtildiği üzere, iflasın ertelenmesi yargılaması devam ederken ihtiyati tedbir kararı kapsamında başlamış ve başlayacak olan tüm takiplerin durdurulmasına karar verilmiş olması durumunda, talepte bulunan şirkete karşı hiçbir takip işlemi yapılamayacaktır. Bu bağlamda, bir takip işlemi olduğu yukarıda açıkça ortaya konulan m. 89'a göre, üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi tebliği işlemi de yasak kapsamındadır. O halde, tedbir kararı kaldırılmadığı sürece, iflasın ertelenmesi talebinde bulunan şirketin üçüncü şahıslardaki alacaklarının haczi amacıyla, haciz ihbarnamesi tebliği edilemeyecektir. İcra dairelerinin bu yöndeki talepleri kabul etmemesi gerekir.

Mahkemece verilmiş olan tedbir kararına rağmen, davacı/borçlu şirketin üçüncü kişilerdeki alacağının haczini sağlamak için m. 89 prosedürü uygulama talebini reddetmeyip kabul eden icra müdürlüğü işlemine karşı m. 16 gereğince, icra mahkemesine şikayet yoluna başvurulabilir.

IV- İHTİYATİ TEDBİR KARARININ VERİLMEMİŞ OLMASI HALİNDE m. 89'UN UYGULANMA BİÇİMİ

İflasın ertelenmesi davası devam ederken şayet ihtiyati tedbir olarak takiplerin durdurulması yönünde bir karar verilmemiş ise, bir takip işlemi olan haciz ihbarnamesinin üçüncü kişiye gönderilmesine de bir engel söz konusu olmayacaktır. Bir diğer ifade ile, bu durumda, hakkında iflasın ertelenmesi davası devam etmekte olan borçlunun borcundan dolayı, borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının haczi için üçüncü kişilere m. 89 uyarınca haciz ihbarnamesinin tebliği mümkündür.

Davanın davacı lehine sonuçlanması, yani iflasın ertelenmesi talebinin kabulü halinde İİK m. 179/b gereğince takiplerin durması kendiliğinden geçerli olacağından m. 89 gereğince 3. kişilere haciz ihbarnamesinin gönderilmesi de mümkün olmayacaktır. Ancak, iflasın ertelenmesi davasının reddi halinde borçlunun 3. kişilerdeki alacaklarının haczi için m. 89 gereğince haciz ihbarnamesi gönderilmesine engel kalmayacaktır.

V- SONUÇ

Tek başına borçlu şirket veya alacaklıların yararını korumak yerine tarafların yararını birlikte korumayı sağlayan bir kurum olan iflasın ertelenmesi prosedüründe, dava devam ederken, şirketin malvarlığının korunması amacıyla ihtiyati tedbir kararı verilmesi uygulamada kabul edilmekte olup, bu uygulama kanımızca da yerindedir.

İhtiyati tedbirler cümlesinden olarak takiplerin durdurulması kapsamında, borçlu şirkete karşı, tedbir kararı devam ettiği sürece başlamış olan takipler duracağı gibi yeni takipler de yapılamayacaktır. Bu bağlamda, bir takip hukuku işlemi olan m. 89 gereğince üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi tebliği de olanaksızdır. Bu konu ayrıca, iflasın ertelenmesi ku-

İflasın Ertelenmesi Davaları ve İİK m. 89 • Doç. Dr. S. Deliduman 2609

rumunun amacı ve niteliği ile de bağdaşır bir durum değildir. Buna göre, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 12.4.2007 tarihli kararının bu açıdan yerinde bir karar olmadığını söyleyebiliriz.

İcra müdürlüğünün, bu yöndeki, yani 3. kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmesi yönündeki istemleri reddetmesi gerekir. İcra müdürlüğünün buna aykırı hareket etmesi durumunda m. 16 uyarınca, icra mahkemesi nezdinde şikayet yoluna başvurmak olasıdır.



UYGULAMADAN DOSYA

Hazırlayan: Av. Hüseyin Özbek

Hukuku Zorlamanın Güncel Örneği HEYBELİADA RUHBAN OKULU

*Av. Hüseyin ÖZBEK**

Son yıllarda ülkemizi ziyaret eden ABD ve AB yetkililerinden Rum Patrikhanesinin ve Rum Patriğinin ekümenikliğinin tanınması taleplerini duymak olağan hale geldi. AB İlerleme raporlarında da Fener Patriğinin ekümenikliğinin tesciliyle birlikte, Heybeliada Ruhban Okulunun açılmasına ilişkin istemlerinin Türkiye Cumhuriyeti Devletince de kabulü ve sonuç olarak hukuksallaştırılması ısrarla istenmektedir.

Geçtiğimiz aylarda ülkemizi ziyaret eden ABD Dışışleri Bakan Yardımcısı Nicholas Bruns da Patrikhane'yi ziyaret etti ve aynı istemleri tekrarladı. Yine geçtiğimiz günlerde ABD Dışışleri Bakanlığı adına verdiği demeçte de Heybeliada Ruhban Okulu'nun açılması beklentisini dile getirerek konunun ısrarla üzerinde durduklarını vurguladı. Bu nedenle güncelliğini sürdüreceği anlaşılan bu sorunun tarihsel kronolojisine göz atmanın yararlı olacağı düşüncesindeyiz:

19. yüzyılın başlarından itibaren Fener Rum Patrikhanesi Ortodokslar arasında dinsel birliği korumak ve geliştirme arayışına girer. Sonuçta Patrikhaneye bağlı olarak teoloji eğitimi vermek üzere Heybeliada Ruhban Okulu 1 Ekim 1844 tarihinde açılır. Okul doğrudan Patrikhane'ye bağlıdır ve müdürü metropolitler arasından atanmaktadır.

Kapatıldığı 1971 yılına kadar 930 mezun verir. Bunlardan 343'ü piskopos olur. Piskoposlardan 12'si patriklik makamına kadar yükselir. Bu 930 kişinin 225'i 1950 -1969 arası mezun olmuştur. Bunlardan da sadece 38'i Rum asıllı Türkiye Cumhuriyeti yurttaşıdır. Geriye kalanların 162'si Yunan uyruklu olmak üzere toplam 187'si yabancıdır.(1)

Okulun öğretim süresi değişik uygulamalardan geçmiştir:

- 1) 1844-1919 : Dört yıl ortaokul ve üç yıl teoloji eğitimi
- 2) 1919-1923 : Orta öğretimsiz beş yıllık teoloji eğitimi
- 3) 1923-1951 : Birinci dönemdeki uygulamaya dönüldü.
- 4) 1951-1971 : Dört yıl lise ve üç yıl teoloji eğitimi

(*) *İstanbul Barosu Genel Sekreteri*

Patrikhanenin Osmanlı'nın çöküş dönemindeki örtülü etkinlikleri, Mora isyanındaki kışkırtıcılığı ve Yunanistan'ın oluşmasındaki dinsel, ideolojik ve örgütsel katkıları bu gün tarihsel gerçekler olarak ortadadır.

Kurtuluş Savaşı yıllarındaki Patrik Vekili **Doroteos Mamelis**, Trabzon Metropoliti **Hrisantos**, Samsun Metropoliti **Germanos**, İzmir Metropoliti **Hrisostomos**, Edirne Metropoliti **Palikaryos** Heybeliada Ruhban Okulu mezunudurlar. İşgalci Yunan ordularının en büyük destekçisidirlen. Yurttaşı oldukları bir ülkenin zor günlerinde herkese düşen özverinin asgarisini göstermeleri gerekirken, emperyalist devletlerle işbirliği içinde ve içerdeki ayrılıkçı Pontus kalkışmasının arkasındadırlar. Atatürk Nutuk' ta bu durumu ayrıntılı olarak açıklar.(2)

Okulun statüsü ABD başkanı **Truman**'ın desteği ile Patrik olarak atanan ABD vatandaşı **Athenogoras** döneminde bazı değişikliklere uğrar. İkinci Dünya Savaşı sonrasında ABD, SSCB'ye karşı batı dünyasının lideridir. Batı ve üçüncü dünyanın ekonomik ve siyasal sistemlerini etkilemekte, kendi çıkarlarına göre düzenlemektedir. Kuzey ve Güney Amerika Ortodoks Kilisesi Başpiskoposu olan Athenogoras ABD'nin önerisi ve desteği ile bir gecede Türkiye Cumhuriyeti yurttaşı yapılvirir. 1 Kasım 1948'de Patrik seçilir ve gelebilmesi için ABD'ye mesafeli duran Patrik **Maksim V** istifa ettirilir.

ABD başkanı Truman'ın özel uçağı ve yaveriyle gelen, 26 Ocak 1949'da Fenerde düzenlenen törenle patriklik tacı başına konan Athenogoras **"Ben Truman doktrininin dini bölümünü teşkil etmekte idim"** diyecektir.

Prof. Dr. Niyazi Berkes bu durumu şöyle değerlendirir: **"Günün birinde içyüzünü hiçbirimizin merak etmediğimiz şartlar altında gürültülü reklamlarla ta Amerika'dan bir patrik getirildi. Lozan Antlaşmasının ruhu ile alay edercesine, yıldırım hızıyla Türk vatandaşı yapılarak patriklik tahtına oturtuldu. Acaba Atina patrikleri de Amerika'dan mı tedarik edilir, bilmiyorum. Fakat bu olay Yunanlılığın gözünün Atina'da değil, İstanbul'da olduğunu gösterir."** (4)

Atatürk döneminde 7 olan metropolit sayısı **Athenogoras**'la birlikte 20'ye çıkar. Milli Eğitim Bakanlığının 8.12.1950 / 927601 sayılı emri ile Heybeliada Ruhban Okulu **"yüksek okul"** haline getirilir ve **"yabancı öğrenci alabileceği"** karara bağlanır. 1939'da casusluk faaliyetleri gerekçesiyle yasaklanmış olan yabancı öğrenci alımı böylece serbest bırakılır.

Athenogoras'ın göreve başladığı 1949 yılına kadar okulda 16 Türk vatandaşı öğrenci vardır. Aynı dönemde İstanbul'da Erkek Rum liselerinde 2500 öğrenci öğrenim görmektedir. Rum ailelerin çocuklarını bu okula göndermedikleri görülmektedir. **Athenogoras** hükümete başvurarak Yunan uyruklu öğrencilere oturma izni alır. İzin **"öğrencilik bitene ka-**

dar“ olduğu için Patrik okuldan mezun olanları patrikhanede **“stajyer”** olarak görevlendirir.

1957 yılında Kıbrıs olayları nedeniyle bu uygulamadan vazgeçilir, **Londra ve Zürih** anlaşmaları sonucu uygulama yumuşatılırsa da Kıbrıs'ta yeniden başlayan EOKA saldırıları nedeniyle tamamen yasaklanır. **Kıbrıs Rum Lideri Makarios da Heybeliada Ruhban Okulu mezunlarından**.

1950-1960 arası Patrikhane İmroz ve Bozcaada Rum okullarını Milli Eğitim Bakanlığı mevzuatı dışına çıkarttırarak doğrudan kendi yönetimine almıştı. 13 Nisan 1964'te dönemin **Milli Eğitim Bakanı Dr. İbrahim Öktem Rum Azınlık İlkokullarına tanınan mevzuat hükümlerini aşan özel hakların kaldırılacağını, Ruhban Okulundaki yabancı öğrenci sayısının sınırlanacağını, Yunan hükümetinin Türkiye'de eğitim görmüş 35 öğretmene Batı Trakya'da görev vermediğini, buna karşılık Yunanistan'da Türk azınlık okullarına tanınmayan bu tür haklar konusunda da bundan böyle mütekabiliyet esasına göre davranılacağını** açıklar. Türk hükümeti tekrar eski uygulamaya dönerek, 16 Temmuz 1964'te İmroz ve Bozcaada'daki Rum okullarının Milli Eğitim Bakanlığının denetiminde, Türkçe ve dini eğitim yapmalarını öngören ilgili yasa maddesini tekrar yürürlüğe koyar.

127 yıl Patrikhanenin idari ve mali denetiminde yaşamını sürdüren Heybeliada Ruhban Okulu Özel Yüksek Okulların Devletleştirilmesi şeklinde görülen uygulama hakkındaki Anayasa Mahkemesi'nin 12 Ocak 1971 tarih ve 1971/3 sayılı kararından sonra kapanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin Özel Öğretim Kurumları Kanununun ilgili maddelerini iptal ederek yüksek öğretim kurumlarının sadece devlet tarafından açılıp işletilebileceğine ilişkin kesin kararından sonra mevcut özel yüksek öğretim kurumları ya kapanmış, ya da bir devlet üniversitesine bağlanmışlardır.

Özel yüksek okul statüsünde olan Heybeliada Ruhban Okulu ve Patrikhane ile Türk hükümeti arasında görüşmeler yapıldı. Ancak Türk üniversitelerine bağlanmak istemediklerinden ve başkaca da bir çözüm mümkün olmadığından okul kendilerince kapatıldı. Halbuki aynı kararın muhatabı olan Amerikan Robert Koleji binalarının 1971 yılında Boğaziçi Üniversitesine devrinden sonra kolej Arnavutköy Kız Lisesi ile birleşmiş ve Özel İstanbul Amerikan Robert Lisesi adını almıştır. Kolejin yüksek kısmı da Boğaziçi Üniversitesi'ne dönüşmüştür.

Patrikhane ve Yunanistan okulun - eski statüsüyle-yeniden açılması için girişimlerini günümüze kadar ısrarla sürdürdüler. Yunan Başbakanı **Miçotakis** Aralık 1991 ABD ziyaretinde okulun açılması için Türkiye'ye baskı yapılmasını istedi.1 Şubat 1992 de Türk başbakanından aynı konuda istemde bulundu. **Patrik Bartholomeos** 16 Ocak 1992'de Milli Eği-

tim Bakanından okulun yeniden açılması için resmen istemde bulundu. **Bakan Köksal Toptan** istemi reddetti. Şu anda eski bakanın da mensubu bulunduğu iktidar partisinin **Milli Eğitim Bakanı Hüseyin Çelik'in** “**Bana kalsa Ruhban Okulunu 24 saatte açarım**” şeklindeki demecini Aralık 2005 ayı gazeteleri manşetten verdiler.

Kapanış tarihinden günümüze değin AB ve ABD yetkilileri okulun açılması ve patriğin ekümenikliğinin tanınması istemlerini her düzeyde dile getirdiler. 1997 yılında Başbakan **Mesut Yılmaz**'ın ABD ziyaretinde okulun açılmasına ilişkin beklenti dönemin Başkan yardımcısı **Al Gore** tarafından dile getirildi. Yabancı devlet başkanları ve hükümet yetkililerinin gerek Patrikhaneyi ziyaretlerinde, gerekse patriğin yurtdışı gezilerinde uygulanan protokol ve beyanlar diplomasi dilinin inceliklerine ihtiyaç duymayacak açıklıktadır. Patriğin Yunanistan'da askeri törenle karşılanması, dönemin **ABD Başkanı Clinton** tarafından devlet başkanı protokolüyle ağırlanması, yurtdışı ziyaretlerinde devlet başkanı muamelesi görmesi örnekleriyle şimdilik yetinelim.

Fener Patrikhanesinin ve dış destekçilerinin arzusu YÖK ve Milli Eğitim Bakanlığının denetimi dışında, patrikhanenin yönlendiriciliğinde dini özerkliğe sahip bir okuldur. Böyle bir okulun kurulması Anayasamızın 130 ve 132. maddeleri değiştirilmeden yasal olarak mümkün değildir. 130. madde bilimsel özerkliğe sahip üniversitelerin kanunla ve devlet tarafından kurulacağına ilişkindir. 132. madde ise Türk Silahlı Kuvvetlerinin ve Emniyet Teşkilatının özel yüksek öğretim kurumu açabileceğine ilişkindir.

AB ve ABD tarafından dayatılan istemlerin Türkiye tarafından kabulü durumunda: Patriğin fiilen kullandığı Ekümenik ünvanını Türkiye Cumhuriyetinin de resmen tanımasıyla bir cemaatin azınlık kilisesi olmaktan çıkarak Vatikan benzeri özel ve özerk siyasi-dini makam oluşacak, patrik seçiminde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma zorunluluğu kalkacaktır. Patrikhanenin Lozan'la düzenlenen statüsü değişecek ve Lozan'ın getirdiği hukuksal yapının diğer alanları da tartışmaya açılmış olacaktır.

Dünyanın efendilerine karşı verilen Kurtuluş Savaşı zaferinin prestijiyle imzalanan ve Türkiye Cumhuriyeti'nin tapu senedi olan Lozan Antlaşmasını savunma iradesini gösteremeyen bir Türkiye'den, sonraki aşamalarda istenecekler kuşkusuz daha ağır olacaktır.

Türkiye'nin inisiyatif kullanamadığı bir sürecin sonunda nerelere varılacağını tahmin edebilmek için tarihimizde yeterince acı örneklerin var olduğunu düşünüyoruz.

Buraya kadar yazdıklarımızdan ve verilen örneklerden anlaşıldığı gibi, bir iç hukuk konusu olan Patrikhane ve Heybeliada Ruhban Okulu enter-nasyonalize edilmek istenilmektedir. İç hukuk konusu olmaktan kurtulunca da kaçınılmaz olarak Türk hukukunun yetki alanından çıkacaktır.

İç hukuk konusu olmaktan çıkarılıp, uluslararası bir siyasi figür özelliği kazandığında ise, dış dinamiklerin etkisi ve inisiyatifiyle Türkiye'ye karşı her zaman kullanılabilir baskı unsuruna dönüşecektir. İç hukuka tabi bir dinsel kurum olmaktan çıkıp, devletler hukukunu ilgilendirecek bir alanın diplomasi öznesi hüviyeti kazandığında Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde devlet benzeri bir kurumla karşılaşılabilir.

Makale konumuzla ilgili olarak, Fener Patrikhanesi ve Patriğin hukuki konumuna ilişkin Fatih 3. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 20.12.2004 tarih ve Esas: 2003 / 380 Karar: 2004 / 1142 sayılı kararla, **Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 13.06.2007 tarih ve 2005 / 10694 Esas, 2007 / 5603 karar No'lu ONAMA** kararını meslektaşlarımızın ilgisine sunuyoruz.

KAYNAKLAR

- 1) Osmanlıdan Cumhuriyete Azınlıklar (Doç. Dr. Ali Güler -Tamga Yayınları)
- 2) Nutuk (Atatürk)
- 3) Keşif Güç-Emperyalizmin Ortodoks Kartı (Uğur Yıldırım- Otopsi Yayınları)
- 4) Patrikhane ve Ekümeniklik (Prof. Niyazi Berkes- Kaynak Yayınları)
- 5) Azınlıklar ve Lozan Tartışmaları (Levent Ürer -Derin Yayınları)
- 6) Heybeliada Ruhban Okulu ve Patrikhane (Doç.Dr.Sibel Özel- İstanbul Barosu Yayınları)

BİR YEREL MAHKEME KARARI**FATİH 3. ASLİYE CEZA MAHKEMESİ****E: 2003/380 K: 2004/1142 T: 20.12.2004**

Yukarıda açık kimlikleri yazılı sanıklar hakkında, Fatih Cumhuriyet Başsavcılığının 26.05.2003 tarihli ve 2003/1574 sayılı iddianamesi ile din özgürlüğünü engellemek suçundan TCK'nın 175/1. maddesi uyarınca cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açılmış olmakla, mahkeme-mizde yapılan açık duruşma sonunda:

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ

Sanıklardan DBA'nin Fener Rum Patriği, diğer sanıkların ise Fener Rum Patrikhanesi'nin Sen Sinod Meclisi üyeleri oldukları, şikayetçi KK'nın Bulgar Ortodoks Kilisesi'nin Papazı, şikayetçi BÇ ise Bulgar Ortodoks cemaati üyesi oldukları, sanıkların aldıkları bir karar ile KK'nın tüm ruhani yetkilerini elinden alıp artık hiçbir kilisede ayin yaptıramayacağını diğer kiliselere bildirdikleri, bu şekilde din özgürlüğünü engellemek suçunu işledikleri idiasıyla haklarında kamu davası açılmıştır.

Sanıklar savunmalarında, suçlamaları kabul etmediklerini, KK'nın Fener Rum Patriğinin kutsaması ve onay vermesi ile papazlık görevine başladığını, eskiden beri Bulgar papazlarının bu şekilde atandığını, ancak Türkiye'de bulunan tüm Ortodoksların en üst makamı olan Fener Rum Patriğinin adını dualarında anmadığını, uyarılara rağmen bu tutumunu sürdürdüğü, bu nedenle 31.10.2002 tarihinde aldıkları kararla görevinden azledildiğini, KK'ya ruhaniliğini veren makam olarak, geri alma yetkilerini kullandıklarını, Bulgar Cemaatini Rumlaştırmak gibi bir gayretlerinin olmadığını bildirmişlerdir.

Şikayetçiler vekili müdahale talebinde bulunmuş ve suçtan zarar görme ihtimaline göre davaya müdahil olarak katılmalarına karar verilmiştir.

Müdahil KK, 1989 yılından bu yana İstanbul Bulgar Kilisesi rahibi olarak çalıştığını, eski papaz öldüğünde bu görevi üstlenmek gerektiğini, Türkiye'deki Bulgar Kilisesinde böyle üst makamda bir kişi bulunmadığından Fener Rum Kilisesinden gelen iki metropolit tarafından cemaat önünde kutsandığını, bu görevini sürdürürken Fener Rum Patriğinin kendisini makamına çağırarak Bulgarca düzenledikleri vaftiz ve evlenme belgelerini bundan böyle Rumca düzenlemelerini istediğini, bu konuyu cemaate danışması gerektiğini söylemesine rağmen Patrik'in bunu kendisinin yapması gerektiğini söyleyerek ısrar ettiği, buna rağmen Rumca belge düzenlemediğini, bu nedenle Patrik'in kendisinin görevde kalmasını is-

temediğini, kendisinin de dualarda Patrik'in adını anmamaya başladığını, şikayetçi olduğunu bildirmiştir.

Müdahil BÇ, Bulgar Ortodoks cemaati üyesi ve aynı zamanda da Vakıf Yönetim Kurulu üyesi olduğunu, Fener Rum Patriği ve Sen Sinod Meclisi üyeleri olan sanıklar tarafından alınan ve bütün kiliselere duyurulan bir kararla, Bulgar Ortodoks cemaatinin papazı olarak görev yapan KK'nın ruhaniliğinin kaldırıldığını ve sanıkların bu şekilde dini inançlarına saldırıda bulduklarını bildirerek şikayetçi olmuştur.

Tanık DMA, Bulgar cemaati üyesi olduğunu, Bulgar Kilisesi yönetiminde de görev yaptığını, müdahil KK'nın ayin ritüellerine uymaması nedeniyle kendisini kilise olarak defalarca uyardıklarını, ayrıca ayinlerde Fener Rum Patriğinin adını anmaması nedeniyle de uyardıklarını, buna rağmen Patriğin kendisine bir şey yapamayacağını söyleyerek karşı çıktığını, hatta 27.12.2000 tarihinde Bulgaristan'dan gelen diyanet işleri başkanını ve cemaati saatlerce dışarıda bekleterek kiliseyi işgal ettiğini, bu nedenlerle ruhanilikten azledildiğini, akabinde de Bulgar Kilisesi tarafından görevinden alındığını, Fener Rum Patrikhanesi'nden kendilerine, belgeleri Rumca düzenlemeleri konusunda bir baskı yapılmadığını, Patrik'in Bulgarca bilmediği için belgelerin Rumca ya da Türkçe örneklerinin de hazırlanmasını istediğini, 1989 yılında Bulgar papazı öldüğünde talepleri üzerine geçici olarak bir Rum Papazın görevlendirildiğini, daha sonra KK'nın papaz olarak görevlendirilmesi için Bulgaristan Kilisesine talepte bulduklarını, onların kabul etmesi üzerine Fener Rum Patriği tarafından kutsanarak göreve başladığını, ruhanilikten azledildikten sonra Patrikten özür dilemesini istemelerine rağmen buna yanaşmadığını, bunun üzerine istifa eden Bulgar kilisesi Meclisi için yeniden seçim yapıldığını ve Meclisin yeni seçilen üyelerince alınan kararlar papazları K'nın görevden alındığını bildirmiştir.

Tanık Vİ, diğer tanıklara benzer ifadelerin yanısıra Bulgar cemaatinin başkanı olduğunu, KK'nın görev yaptığı süre içerisinde sürekli cemaat içinde ayrımcılık yaparak sorun çıkardığını, Fener Rum Patriği tarafından kutsanarak göreve başlamasına rağmen dualarda adını anmadığını, kutsallığının kaldırılmasından sonra K'nın kıdem tazminatının üzerinde bir tazminat ödenmesi halinde görevden ayrılmayı kabul ettiğini, buna dair tutanak düzenlendiğini, ancak daha sonra bundan vazgeçerek kendisini görevden azletmelerini istediğini ve görevden azledildiğini, Rum Patrikhanesine KK'nın ruhanilikten azledilmesi kararını tanımadıklarına dair bir yazı yazmadıklarını bildirmiştir.

Tanık GPK, Bulgar Ortodoks Kiliseleri Vakfı Yönetim Kurulu Başkanı olarak 1998-2003 yılları arasında görev yaptığını, 1994 yılında Fener Rum patrikhanesi ile aralarında bazı sorunlar başladığını, bazı belgeleri kendi istedikleri gibi düzenlemelerini istediklerini, bu sorunun 1998 yılına kadar devam ettiğini, hatta bu konuda bir dava açıldığını ve verilen ka-

rarın Yargıtaydan geçerek onandığını, sanıklara ceza verildiğini, bu sorunlar nedeniyle Bulgar papazı olarak görev yapan K'nın Fener Rum Patriğinin adını dualarında anmamaya başladığını, Patriğin adının anılmasını sözlü olarak talep etmesine rağmen anmadığını, kendilerinin yaptıkları araştırmalarda Fener Rum patrikhanesine bağlı olduklarına dair bir belge bulamadıklarını ve hukuki durumlarının ne olduğunu tam olarak tespit edemediklerini, bu yüzden bir açıklama yapmaları için Fener Rum patrikliğine yazı yazarak açıklama istediklerini, ancak hiçbir bilgi verilmediğini, bu sorunlar nedeniyle Bulgar Cemaati arasında anlaşmazlıklar çıktığını, bazılarının bu durumun hukuki durumumuzu netleştirmek için verilen bir mücadele olduğunu düşündüğünü, bazılarının ise Patrikhane'ye saygısızlık olarak algıladığını, cemaati uzlaştırmalarının mümkün olmadığını, bunun üzerine yeni bir seçim yapılmasına karar verdiklerini, seçilen yeni yönetim kurulunun Rahip K'yı görevden aldığını, zaten ruhanilikten azledilmesi nedeniyle bazı cemaat üyelerinin Kostof ile aralarına mesafe koyduklarını, ruhanilikten neden azledildiğine dair Patrikhane'ye yazdıkları yazıya cevap verilmediğini, azletmek dışında Patrikhanenin K'ya görevini bırakması yönünde başka bir baskısının olmadığını, kendi kiliselerinin bir papazı daha olduğunu, K'nın azledilmesi nedeniyle ibadetlerinde bir aksama olmadığını, K'nın tüm dini kurallara uygun olarak görev yaptığını, sadece dualarında Patrik'in adını anmadığını bildirmiştir.

Tanık NP, Bulgar Ortodoks Vakfı yönetim kurulu üyesi olduğunu belirterek diğer tanığın anlatımlarına uygun ifadelerde bulunmuş, Rahip K'nın görev yaptığı süre içerisinde mesleki bir bilgisizliği, göreviyle bağdaşmayacak söz ve davranışının olmadığını, ancak dualarda saygı gereği Fener Rum Patriğinin adını anması gerekirken anmadığını, bu nedenle ruhanilikten azledildiğini, bunun nedenlerinin bildirilmesi için Patrikhane'ye yazdıkları yazılara cevap verilmediğini, K'nın görevden ayrılması nedeniyle kilisede iki papaz görevli olduğundan ayinlerde bir asaklık olmadığını bildirmiştir.

Sanıklar, müdahilerin din özgürlüğünü engellemekle suçlanmaktadır. Bu suçu düzenleyen TCK'nın 175/1. maddesindeki suçun oluşması için dinlerden birine ait dini işlerin veya ibadet ve ayinin yapılmasını men ve ihlal edilmesi gerekmektedir.

Fener Rum Patriği ve Patrikhanenin Sen Sinod Meclisi üyeleri olan sanıkların, Bulgar Kilisesi papazı olarak görev yapan müdahil KK'yı, dualarında Patriğin adını anmaması nedeniyle ruhanilikten azlettikleri ve aldıkları bu kararı tüm kiliselere duyurdukları toplanan deliller, sanıkların kabulleri, tanık anlatımları ve buna dair yazışma belgeleri ile anlaşılabilir. Tartışılması gereken konu, sanıklar tarafından alınıp ilan olunan bu kararın Türkiye'de yaşayan Bulgar Ortodokslarının ya da müdahillerin din özgürlüklerinin engellenmiş olup olmadığıdır.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Anayasasında da belirtildiği gibi laik bir Cumhuriyettir. Türkiye’de yaşayan tüm vatandaşlarını, kendi dini inançlarına uygun olarak ibadet etme özgürlüğünü sağlamakla ödevlidir. Lozan Barış Anlaşması imzalanırken varılan sözlü mutabakat gereği Fener Rum Patrikhanesinin Türkiye sınırları içerisinde kalması kabul edilmiştir. Statüsü konusunda hukuki bir düzenleme yapılmamışsa da, Türkiye’deki Rum Ortodokslarının dini lideri olarak görev yapacağı konusunda mutabakata varılmıştır. Diğer yandan Bulgar Ortodokslarının da kendi ibadetlerini kendi inanışlarına göre yapma özgürlüğü vardır. Fener Rum Patrikhanesinin açıklanan bu statüsüne göre Bulgar Ortodoks kilisesi üzerinde hukuki hiçbir yaptırım uygulama yetkisi bulunmadığından, Bulgar Kilisesi papazının ruhanilikten azledildiğine dair kararın da Türk Hukuk Sistemi içerisinde hiçbir geçerliliği bulunmamaktadır. İki kilise arasında yapılan anlaşmalar, Türk Hukuk sistemine aykırı olmamak ve din özgürlüğünü engellemek şartıyla uygulanabilir. Tüm bu nedenlerle hukuki hiçbir bağlayıcılığı olmayan Fener Rum Patrikhanesinin ruhanilikten azil kararının müdahillerin ve Türkiye’de yaşayan Bulgar Ortodokslarının din özgürlüğüne müdahale olarak kabul edilemez. Nitekim müdahil KK bu karardan sonra da görevine devam etmiş olup, daha sonra kendi cemaati tarafından görevden alınmıştır. Ayrıca ruhanilikten azledilmesi Bulgar Ortodoks Kilisesindeki dini ibadetin kesintiye uğramasına ya da hiç yapılamamasına da neden olmamış, diğer görevli papaz tarafından ayinlere devam edilmiştir.

Tüm bu nedenlerle, sanıklara TCK’nın 175/1. maddesinde tanımlanan atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı sonucuna varılmış olup, sanıklardan yargılama sırasında vefat ettiği nüfus kaydıyla anlaşılan sanık MR hakkındaki kamu davasının ortadan kaldırılmasına;

Toplanan deliller, sanıkların, tanıkların ve müdahillerin anlatımları ve tüm dosya kapsamına göre, üzerlerine atılı suçun yasal unsurları itibariyle oluşmadığı anlaşılan diğer sanıkların beraatlerine karar vermek gerekmiştir.

HÜKÜM:

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1) Sanıklardan MR’nin vefatı sebebiyle, hakkında açılan kamu davasının TCK’nın 96. maddesi uyarınca **ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2) Diğer sanıkların unsurları oluşmayan suçtan **BERAATLERİNE,**

Sanıklara yargılama gideri yükletilmesine yer olmadığına;

Dair, sanıklar vekilinin, müdahillerin ve müdahiller vekillerinin yüzlerine karşı, sanıkların yokluğunda mütalaaya aykırı olarak, yasa yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.

BİR YÜKSEK MAHKEME KARARI**YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ****E: 2005/10694 K: 2007/5603 T: 13.06.2007**

Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüşüldü:

Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi. Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede:

1) Sanık MR hakkında ölüm nedenine dayalı olarak kurulan DÜŞME hükmüne yönelik katılanlar KK ve BÇ vekilinin temyiz iddiaları yerinde görülmediğinden, tebliğnameye uygun olarak, **TEMYİZ DAVASININ ESAS-TAN REDDİYLE HÜKMÜN ONANMASINA;**

2) Sanıklar DBA, KH, HS, AD, HK, VY, YA, YD, DS, DK, HEK, IF hakkında verilen beraat hükmüne ilişkin temyize gelince;

Sanıkların, görev yaptıkları Fener Rum Patrikhanesinin Bulgar Ortodoks Kilisesi üzerinde ruhani üstünlüğü olduğu düşüncesinden hareketle Bulgar Kilisesi'nde papaz olarak göreve yapan katılan KK'nın "ruhanilik sıfatının kaldırılmasına karar alarak" adı geçen din özgürlüğünü ihlal etikleri iddiasıyla kamu davası açılmış bulunmaktadır.

Dosya içeriğinden, Rum azınlığına mensup Fener Rum Patriği ve Sen Sinod (Kutsal Meclis) üyeleri olan sanıkların, diğer bir Ortodoks azınlık olan Bulgar kökenli Türk vatandaşlarının dini ayin ve işlerini yürütmekte oldukları Bulgar kilisesi üzerinde dini ve hukuki açıdan hiçbir yetkileri bulunmadığı halde, İstanbul Haliç'te bulunan Sen Stefan Kilisesi'nde (Demir Kilise) Bulgar Kilise Vakfı ile yapılmış iş akdine dayalı olarak papazlık görevi yürüten ve kilisedeki ayinleri yöneten katılan KK'nın ayinlerde Fener Patriğine karşı itaatsiz davrandığı, ayin sırasında Patriğin adını anması gerekirken anmadığı gerekçeleriyle ruhani yetkisinin kaldırılmasına karar aldıkları ve bu kararı Bulgar Kilisesi Vakfına ve dünyada çeşitli yerlerde bulunan Ortodoks kiliselerine bildirdikleri, bunun neticesinde baskılara dayanamayan Bulgar Kilisesi Vakfı Yönetim Kurulu'nun katılanın iş akdini feshederek kilisedeki görevini sona erdirdiği anlaşılmaktadır.

Patrikhanenin Türkiye'deki hukuki durumuna gelince; Türkiye'de azınlıklar konusu 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Antlaşması ile düzenlenmiştir. Lozan Antlaşmasının müzakereleri sırasında azınlıkların varlığı ve hakları görüşülürken, antlaşma metninde Fener Patrikhanesi ile ilgili bir hükme yer verilmemiş, Anlaşmanın sonuç metninde ve konvansiyonun eklerinde Fener Rum Patrikhanesi ismen dahi zikredilmeyip, sadece bir azın-

lıgın kilisesi olarak belirtilmiştir. Bu nedenle statü olarak bir azınlık kilisesidir. Antlaşma metninde Patrikhanenin hukuki durumu ile ilgili hiçbir hükme yer verilmediğinden durumun Lozan müzakerelerinin görüşme kayıtlarının esas alınması suretiyle tamamen Türk iç hukukuna göre belirlenmesi gerekmektedir.

Lozan Konferansı'nın müzakere kayıtları incelendiğinde, görüşmeler sırasında Türk Heyeti tarafından Patrikhanenin yurtdışına çıkarılması konusunda ısrar edilmekte iken, Müttefik Temsilci Heyetinin konferansa dahil heyetler önünde yapmış oldukları resmi konuşmalar ve Patrikhanenin siyasi ya da yönetime ilişkin işlerle asla uğraşmayacağı, sadece din alanına giren işlerle yetineceği konusunda verdikleri garantiler (10 Ocak 1923 tarihinde görüşme kayıtlarına geçirilen sözlü anlaşma) Türk Temsil Heyetince "sözlü senet" sayılacağı vurgulanarak yalnızca Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarından Rm kökenli Ortodoksların dini işlerini (ayin, nikah, boşanma, vaftiz...) yürütmek koşuluyla siyasi ve yönetsel bütün hak ve yetkilerinden arındırılarak İstanbul'da kalmasına izin verilmiştir.

Sonuç olarak, Lozan Antlaşmasının müzakereleri sırasında durumu uzun süren tartışmalar sonunda belirginleşen Patrikhane, Osmanlı Devleti döneminde elde ettiği bütün ayrıcalıkları yitirmiş ve Türkiye Cumhuriyetinin kurulu ile yeni bir statüye dönüştürülmüş bulunmaktadır. Bu durum çerçevesinde Patrikhane, Türkiye'deki Rum azınlığın bir kilisesi olarak sadece dini yetkileri haiz bir klise niteliğinde ve Antlaşmanın Azınlıkların Korunması başlıklı 35-45. maddeleri çerçevesinde mütalaa edilmesi gereken dini bir kurumdur. (Sibel Özel, "Lozan Antlaşması ve Azınlık Hukuku Çerçevesinde Fener-Rum Patrikhanesinin Hukuki Konumu", Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 1, 2006, s. 49; http://avrupa.marmara.edu.tr/web/eci/mjes_pdf/13.06.2007)

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere Türkiye topraklarında kalmasına izin verilen Patrikhane, Anayasamızın 2. maddesinde "demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti" olduğu açıklanan Türkiye Cumhuriyetinde "sadece belli bir azınlığa mensup kişiler üzerinde dini yetkileri haiz olan ve tüzel kişiliği bulunmayan dini bir kurum"dur. Bu nedenledir ki, tamamen Türk Hukuku'na tabidir. Egemen bir devletin kendi topraklarında yaşayan azınlıklara kendi vatandaşlarından farklı bir hukuk uygulayarak çoğunluğa dahi tanımadığı bir takım ayrıcalıkları onlara tanımak suretiyle özel bir statü vermesi, Anayasamızın 10. maddesinde gösterilen eşitlik ilkesine açıkça aykırılık oluşturacağından kabul edilemez. Bu nedenle Patrikhanenin ekümenik olduğu iddiasının, yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. İstanbul Valiliğinin 6 Aralık 1923 tarih ve 1092 sayılı yazılarından da anlaşılacağı üzere Patrikhanede dini ve ruhani seçimlere katılacak ve seçilecek kişilerin Türk vatandaşı olmaları ve seçim sırasında Türkiye'de görevli bulunmaları gerekmektedir. Bu hukuk da, Patrikhanenin ekümenik sıfatının bulunmadığının açık bir göstergesidir. Patrik ve Patrikhane görevlilerinin sıfat ve faaliyetlerine ilişkin olarak Türk yasalarına tabi oldukları ve

yapmış oldukları faaliyetlerin Türk yasalarına göre suç teşkil etmesi halinde, Türk Ceza Yasalarına göre cezalandırılacakları tartışmasızdır.

Açıklanan bu hukuki durum çerçevesinde olay değerlendirildiğinde, bağımsız kilise olma özelliğine sahip bulunan Bulgar Kilise cemaatinin kendi inançları doğrultusunda gerçekleştirdikleri ayinlere ve ayini yöneten ruhani yetkililerin ayin yapma yetkisine ve içeriğine kimsenin karışmaması gerektiği ilkesinden hareket edildiğinde sanıkların almış oldukları kararın yasalarla korunmaya değer haklılığının bulunmadığı görülmektedir.

Anayasanın 24. maddesiyle koruma altına alınmış olan din özgürlüğüne karşı eylemler, 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 175. maddesinde müeyyideye bağlanmış olup "dinlerden birine ait dini işleri veya ibadet ve ayinin yapılmasını men ve ihlal eden" kimselerin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Suç tarihinden sonra 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasasında ise din özgürlüğünü ihlal suçu 115/2 madde ve fıkrasında düzenlenmiş olup "dini ibadet ve ayinlerin toplu olarak yapılmasının, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, engellenmesi" halinde bu suçun oluşacağı kabul edilmiştir.

Sanıkların görev yaptıkları Patrikhanenin yalnızca Rum kökenli Hıristiyan Ortodoks inancına mensup Türk vatandaşlarının dini işlerini yürütmeyeyetkili olduğu gerçeğini gözardı edip, yasalarla belirlenen çerçeve dışına çıkarak, ruhani olarak rütbe üstünlüğü olduğu düşüncesini içeren bir savdan hareketle Bulgar Ortodoks Kilisesi'nde papaz olarak görev yapan katılan KK'nın "ruhanilik sıfatının kaldırılmasına karar alınması" adı geçenin din özgürlüğünü ihlal niteliğinde bulunduğunu kabule yeterli değildir. Nitekim, bu kararın üzerinden bir yıldan fazla süre geçmesine rağmen katılan K'nın ayinleri yönetmeye devam etmiş olması ve katılanın kilisedeki görevinin daha sonra Bulgar Kilisesi Vakfı Yönetim Kurulu tarafından iş akdi feshedilmek suretiyle sona erdirilmiş olması da bunun bir kanıtıdır.

Sanıkların eylemlerinde yasanın öngördüğü koşullar çerçevesinde "dini işleri veya ibadet ve ayinin yapılmasını men ve ihlal" ya da "dini ibadet ve ayinlerin toplu olarak yapılmasının, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engelleme" unsurunun bulunmaması nedeniyle sanıklara yükletilen ve gerek 765 sayılı TCY'nin 175/1. madde ve fıkrası ve gerekse sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 115/2. madde ve fıkrasında düzenlenen din özgürlüğünü ihlal suçunun oluşmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle, sanıkların eylemlerinin din özgürlüğünü ihlal niteliğinde bulunmadığı anlaşıldığından, eyleme ve yükletilen suça yönelik O yer Cumhuriyeti Savcısı ve atılanlar KK ve BÇ vekilinin temyiz iddiaları yerinde görülmediğinden tebliğnameye uygun olarak **TEMYİZ DAVASININ ESASTAN REDDİYLE HÜKMÜN ONANMASINA**, 13.06.2007 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

KARAR İNCELEMESİ

Hazırlayan: Av. Muammer Aydın

TÜKETİCİ HAKLARI TARİHSEL GELİŞİMİ VE YARGITAY KARARLARINDAN ÖRNEKLER

*Av. Muammer AYDIN**

Tüketicinin Korunması, hayatımızın her anında ve her alanında gerçekleşen tüketim sürecinin bir sonucudur aslında. Her ne kadar ülkemizde hala olması gereken yerde değilse ve görmesi gereken değeri yakalayamamışsa da gün geçtikçe insanların bilinçlenmesi ve haklarını istemesini öğrenmeleriyle Tüketici Haklarının asıl önemini anlaşılacağı ve hak ettiği yeri bulacağı düşüncesindeyiz. Buradan hareketle Tüketici Haklarının ülkemizdeki ve dünyadaki gelişimine bakmakta yarar görüyoruz.

TÜRKİYE'DE VE DÜNYADA TÜKETİCİ HAKLARI:

Tüketici haklarının yeni bir kavram olduğunu düşünmek oldukça yanıltıcı olacaktır, zira Hammurabi Kanunlarında dahi sağlığa zararlı gıdalara, hatalı tartıya ve ölçülere karşı yasaklar bulunmaktaydı, tabii bunun yanı sıra bu kadar eski ve bir o kadar önemli kavramın toplumda hala hak ettiği önemi yakalayamamış olması da bu açıdan üzücüdür.

Tüketici haklarının doğumu tesadüfi olmayıp karşı tarafı oluşturan üreticinin etkinliği, üstünlüğü, ekonomik ve sosyal örgütlülüğü ve baskıcılığından kaynaklanan etkiler sonucudur.

Önceleri Avrupa kıtasında tüketiciyi korumaya yönelik birtakım yasaklar ve önlemler alınmış, örneğin Avusturya'da bayat süt satanlar kendi sütlerini içmeye mahkum edilmiş ve Fransa'da halkın kendilerine bozuk yumurta satanlara bu yumurtaları atmasına izin verilmiştir Ancak gerçek anlamda tüketiciyi korumaya yönelik gelişmeler 19. yüzyılda, sanayi devrimiyle başlamıştır. Sanayi devriminden önce üretim ve dağıtımın bölgesel pazarlar içerisinde kalması dolayısıyla gelişmiş olan "Rizikodan müşteri sorumludur.", "Alıcı dikkat etsin.", "Satılan mal geri alınmaz." biçimindeki anlayışlar sanayi devrimi ve bunun getirdiği yeniliklerle yerini tüketici yanlısı düşünce yapısına bırakmaya başlamıştır. Zira sanayileşme süreci ile birlikte üretim artmış ve üretilen malların tüketilebilmesi için profesyonel pazarlama ve dağıtım teknikleri kullanılmaya başlanmış

(*) İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyesi

ve yine bunun bir sonucu olarak “alıcı” kavramının yerini “tüketici” kavramı almıştır.

Genel olarak tüketicilerin, istek ve şikâyetlerini birey olarak ilgililere duyurabilmeleri, hak ve yararlarını koruyup geliştirmeleri mümkün olmadığından, bu durum tüketicilerin örgütlenmesine neden olmuş ve tüketici örgütlerinin mücadeleleriyle yukarıda söz ettiğimiz bakış açıları yerlerini “Satıcı dikkatli olsun.”, “Üreticinin kesin sorumluluğu” ve “Üretici, satıcı, ithalatçı ve diğer araçların ortaklaşa ve zincirleme sorumluluğu” anlayışına bırakmaya başlamıştır.

Böylece tüketici ve tüketicinin korunması olguları, kapitalist sistemi ve üretimde buna ilişkin esasları benimsedikleri ölçüde diğer ülkelere de yayılmaya başlamıştır.

Tüketici Hareketlerindeki gelişimin ilk göstergesi ABD’de 1850’li yıllarda kurulan tüketici kooperatifleridir ve bunlar kendilerini aldatan üreticilere karşı giriştikleri mücadeleler ve büyük uğraşlar sonucunda ABD’de 1872 yılında ilk tüketiciyi korumaya yönelik yasanın çıkmasını sağlamışlardır. Bu yasa uyarınca, üreticilerin posta idaresini kullanarak tüketiciyi aldatması yasaklanmıştır. 1890 yılında ise ticarete rekabeti engelleyen, anlaşma ve birleşme-leri önleyen “Sherman Antitröst Yasası” çıkarılmıştır. İzleyen yıllarda ise gıda sanayi başta olmak üzere insan sağlığını doğrudan etkileyen ürünlerin üretimlerinin yasal düzenlemelerine yönelik çalışmalar devam etmiştir.

Aslında ABD’deki tüketici hareketlerini 3 döneme ayırmak isabetli olacaktır. Bunlar; ilk tüketici hareketi dönemi olan ve sonraki dönemlerin tüketici protestolarını karakterize edecek bilinçte olmayan 1930 yılına kadar olan dönem, ikinci tüketici hareketi olarak adlandırılan ve sanayileşmenin genişlemesi sonucunda tüketicinin bilinçlendirilmesine ve bilgilendirilmesine yönelik gereksinimlerin de arttığı 1930-1960 arası dönem ve son olarak üreticilerin, tüketilen eşyanın hangi yöntemlerle satıldığına dikkat etmeye başladığı ve sonuçta reklam sektörünün yarattığı olumsuz yönlendirmelere karşı tüketici protestolarının yapıldığı 1960 sonrası dönem.

1960 sonrasını oluşturan 3.dönem sonucunda ABD’de 1962 yılında Kennedy tarafından ABD Kongresinde yapılan konuşma ise yalnızca ABD için değil, tüm dünya için bir dönüm noktası olmuştur. Zira bu konuşmada ilk kez “tüketicinin vazgeçilmez hakları” başlığı altında tüketicinin 4 temel hakkından yani “güvenlik hakkı, bilgi edinme hakkı, seçme hakkı ve temsil edilme hakkı”ndan söz edilmiştir.

Avrupa’da tüketici hareketleri 20. yüzyılın başlarına kadar uzanan bir süreç izlese de, asıl gelişme 1950 ve 1960’lı yıllara rastlar. Avrupa kıtasında tüketici örgütlenmesi konusunda ilk girişim ise 1947 yılında Danimarka’da “Tüketici Konseyi”nin kurulmasıyla olmuştur.

Bugün artık tüketici hakları en ileri düzeyi ile Evrensel Tüketici Hakları olarak ifade edilmekte olup ülkeler kendi sistemleri içinde üretici karşısında zayıf durumda bulunan tüketiciyi koruma amacıyla yürürlükteki hukuk kurallarında değişiklikler yapmışlar veya yeni hükümler getirmişlerdir.

Ülkemizde ise tüketicinin korunmasına yönelik süreç oldukça geç başlamış olup Osmanlı döneminde ve Cumhuriyetin ilanına kadar geçen süre içerisinde üretim sisteminin bulunmayışı tüketiciye ilişkin doğrudan tüketiciyi koruyan hakların doğuşunu da geciktirmiştir. Ancak doğrudan tüketicinin yararına olmasa da örfeye dayalı mesleki kurallar düzenlenmesi, kamu düzenini korumaya yönelik kurallar tüketicinin yararına sonuçlar getirmiştir. Bunun bir örneği o günün koşullarında hatalı pabuç üreten imalatçının ürettiği hatalı pabucun, bağlı bulunduğu esnaf örgütü tarafından dama atılarak kalitesiz imalatının teşhir edilmesi olmuştur. Özellikle Ahilik düzenine ilişkin bu kurallar, bunun en çarpıcı örneklerindedir. Buradaki kurallar, genel sağlığı korumaya, meslek elemanlarının birbirleri ve halk ile ilişkilerini düzenlemeye yöneliktir. Bu türdeki yazılı metne örnek olarak da Kanunname-i İhtisabı-ı Bursa metni gösterilebilir. Loncaların ticaret ve esnafı bazı zorunlu kalıplara tabi kılmaları günümüzdeki mesleki kuruluşların aynı yöndeki faaliyetleriyle bu açıdan bir paralellik taşımaktadır.

Maalesef Cumhuriyetin ilanı ile dahi tüketiciyi doğrudan koruyan kuralların doğuşu gündeme gelememiştir. Zira o günkü koşullar, ülkenin savaş sonrası durumu ve üretim biçimi gibi nedenler buna izin vermemiştir. Ancak tüketiciyi dolaylı olarak koruyan bir takım yasalar bu dönemde de varlıklarını sürdürmüş ve hatta artmıştır. Bunlar; İspereçiyari ve Tıbbi Müstah-zarlar Kanunu, Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Ticaret Tagşişin Men'i Kanunu, Ölçü ve Ayarlar Kanunu, Belediye Kanunu, Endüstriyel Mamulatin Maliyet ve Satış Fiyatlarının Kontrolü ve Tespiti Hakkında Kanun, Pazarlıksız Satış Mecburiyetine Dair Kanun, Milli Koruma Kanunu, Sanayi Teşkilatı Hakkında Kanun, Sağlık Bakanlığı gibi bazı bakanlıkların kuruluş yasalarından ibarettir.

Ekonomi ve üretimin niteliği ve niceliği değiştikçe, yasal düzenleme alanları da genişletilerek yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bunlardan en önemlisi Türk Standartları Enstitüsünün Kuruluşuna Dair Kanun ile Belediye Kanununda yapılan değişikliklerle birlikte, ilaç-eczane-hastanelerle ilgili düzenlemeler, tüketiciyi sağlık alanında dolaylı olarak koruyan yasal düzenlemelerdir.

1961 Anayasasının "Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler" bölümündeki sağlık hakkı ile tarımın ve çiftçinin korunmasına ilişkin hakları düzenleyen hükümleri de dolaylı olarak tüketiciyi koruyan haklar getirmektedir. Anayasanın sosyal güvenlik hakları bölümündeki devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı maddesinde ise iktisadi gelişme ile mali kay-

nakların yeterliliği ölçüsünde bu hakların yerine getirileceği hükmü yer almaktadır. Bu metinden de açıkça anlaşılacağı gibi, Anayasada tanımlanan ve korunan bu hakların hayata geçirilmesi mali kaynakların yeterliliği ile sınırlandırılmıştır. Kısaca kanun koyucu bir eliyle vermiş öteki eliyle verdiğini geri almıştır.

1982 Anayasasında ise genel çerçeve koruyucu madde hükümlerinin yanında, 172. madde ile tüketici açıkça anayasal güvence altına alınmıştır. Aslında Anayasanın 4. kısım 2. bölümünde yer alan hakların tümü, daha çok “tavsiye haklar” niteliğinde görülmektedir. Bu bölümdeki haklardan birisi de tüketicinin korunmasına ilişkin haklardır.

Tüketicinin korunmasına ilişkin hakların anayasal hayata geçirilmesi ise ancak, 13 yıllık bir aradan sonra yasa metni olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile 23.02.1995 tarihinde gerçekleşmiştir. Bu yasa ile tüketicinin korunması, genel hüküm durumundan çıkarılarak artık özel olarak tüketiciyi koruyucu hale getirilmiş ve bunun yanında tüketicinin güvenlik, ekonomik çıkarlarını koruma, aydınlanma, eğitime, zararlarının karşılanması, çevresel tehlikelerden korunmayı isteme hakları ile tüketicinin kendi kendisini koruyucu girişimlerde bulunmasını, koruyucu girişimleri özendirici politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik edici haklar getirmiştir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki boşluk ile yaşamdaki gelişmeler ve Avrupa Birliğine uyum yasaları çerçevesinde 4822 sayılı yasa ile değişiklikler yapılmış ve 01.06.2003 tarihinde bu yasa yürürlüğe girmiştir. Yasa hükümleri çerçevesinde bir dizi yönetmelik ve tebliğin de resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmesiyle tüketici hakları yasal çerçevesi genişlemiştir. Yine son zamanlarda tüketici mevzuatına 01.03.2006 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu eklenmiştir.

EVRENSEL TÜKETİCİ HAKLARI:

1985 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda “Uluslararası Tüketici Birlikleri Örgütü” nün önerisi ve oybirliği ile kabul edilen, Türkiye'nin imza atmış olduğu Tüketicilerin Uluslararası Anayasası niteliğindeki “Tüketicilerin Korunması İlkeleri Rehberi”ni oluşturan ve daha sonra Uluslararası Tüketici Birlikleri Örgütü tarafından geliştirilen evrensel kabul görmüş haklar şunlardır :

- 1- Temel İhtiyaçların Karşılanması Hakkı
- 2- Sağlık ve Güvenlik Hakkı
- 3- Bilgi Edinme Hakkı
- 4- Örgütlenme, Sesini Duyurma ve Temsil Edilme Hakkı
- 5- Eğitime Hakkı
- 6- Seçme Hakkı

- 7- Tazmin Edilme Hakkı
- 8- Ekonomik Çıkarların Korunması Hakkı
- 9- Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkı

İşte yukarıda sayılmış olan bu haklar çerçevesinde her ülke kendi düzenlemelerini yapmış ve tüketici haklarının gelişmesine katkı sağlamıştır.

Ülkemizde bu koruma yukarıda da belirttiğimiz gibi 4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile gerçekleştirilmektedir. Hepimizin bildiği gibi çıkarılmış olan yasaların ve bu yasalarla korunan hakların yerleşik hale gelebilmesinin ve geliştirilmesinin en doğru şekli Yüksek Mahkeme tarafından verilen Yargıtay kararlarıdır. Ancak bu şekilde haklar gerçekten tanımlanabilmekte ve sınırlar doğru biçimde çizilebilmektedir.

Bu sebeple bu yazım içerisinde irdeleneceğim birkaç önemli örneğe, hukuki hayatımızda yardımcı olabileceği inancıyla aşağıda yer vereceğim.*

KARAR 1

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/15654 K: 2006/4848 T: 31.03.2006

TÜKETİCİ HUKUKU • AYIPLI HİZMET • MAĞAZADA ÇALINAN EŞYALARDAN MAĞAZANIN SORUMLULUĞU • ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Özet: *Bir işyerine gelen müşteri, o işyerinin hakimiyet alanındadır. Mağaza içinde tüketiciyi her tür kötülükten korumak zorunda oldukları, davacıların para ve eşyasının çalınmasında yeterli önlemlerin alınmadığı için davalıların kusurlu ve sorumlu olduğu ancak tüketicinin ağır kusuru gözönünde bulundurularak bu sorumluluğun bedeli olan ve tüketici lehine hükmedilen tazminatta indirim yapılması yasa gereğidir.*

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne ve kısmen

(*) İlk iki karar İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları Özel Sayısında yayınlanmıştır.

reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraflar avukatınca duruşmalı olarak, temyiz edilmiş ise de miktar itibariyle reddiyle incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

Davacılar, 19.06.2004 günü elbise almak için A iş merkezinde bulunan B'ye gittiklerini, davacıardan S'nin elbise denemeleri sırasında cüzdanını annesi olan diğer davacıya verdiğini, U'nunda oğlunun denediği elbiseyi görmek için cüzdanı içine koyduğu çantayı yanında bulunan tezgâhın üzerine koyduğunu, bir iki dakika denenen elbise, bakıldığı sırada çantanın çalındığının fark edildiğini, çantada kredi kartları bulunma: nedeniyle ilgili bankalara hemen telefon açılmış ise de bu arada kartlardan 2.600.000.000 lira çekildiğini, işyeri otoparkında bulunan otoyol anahatarın da çantada olduğu için güvenlik görevlisinden yardım istendiğini, onun da saat 20.00'den sonra sorumluluklarının bulunmadığını bildirdiğini, hemen en yakın karakola müracaat edilerek çalınan eşyaların beyan edildiğini, olayın meydana geldiği mağazada güvenlik kamerasının bulunmadığı gibi, iş merkezinin güvenlik kameralarının da fiziki engel nedeniyle mağaza çıkışını görüntüleyemediğini, çalınan çantada nakit olarak 350.000.000 lira, döviz olarak 300 ABD doları ve 400 EURO ve ayrıca tamir için taşınan pırlanta bilezik olduğunu, davalılar B Mağazacılık Tekstil Sanayi Ticaret A.Ş ile "K" Giyim San. ve Tİc. Ltd. Şti. "B" Club'un sahibi ve işletmecisi olarak diğer davalı ile birlikte sorumlu olduklarını, ayrıca olay nedeniyle manevi üzüntü duyulduğunu ileri sürerek, "U" için 5.950.000.000 lira "S" için 1.180.800.000 lira maddi ve her bir davacı için 2.500.000.000 TL manevi tazminatın olay tarihinden yürütülecek kanuni faizi ile tahsilini istemiştir.

Davalı, S İnşaat ve İşletme A.Ş. cevabında. A İş Merkezinin 35 kişiye ait olup, bağımsız bölümlerin kiraya verildiğini, mağazadaki fiili hâkimiyetin kiracıya ait olduğunu, bu nedenle tasarruf hakkı bulunmayan kiralayanın bu tür olaylarda sorumlu tutulamayacağını, kusurun davacıarda olduğunu, zararın da ayrıca kanıtlanması gerektiğini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Davalı, B Boğaziçi A Mağazacılık Tekstil San. ve Tİc. A.Ş. cevabında, iddia edilen olayın geçtiği mağazanın firmasının ürünlerini sattığını, fiili idaresinin diğer davalı K firması tarafından yapıldığını, olayda kusur ve sorumluluğunun bulunmadığını, zararı da kabul etmediklerini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Diğer davalı K Giyim San. Ltd. Şti. de cevabında, hırsızlık veya yankesicilik olayına mağaza çalışanlarının karıştığı yolunda bir iddia bulunmadığını, olayda kusur ve ihmalin davacıarda olduğunu, iddia edilen zarar kalemlerini de kabul etmediklerini belirterek davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın ayıplı hizmet nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişki olup, tüketici yararına göre imal eden ve satanın tüketici-

ciye karşı sorumlu olduğu, bu itibari hırsızlık olayının olduğu mağazanın B ürünü sattığı ve bu unvan ile iş yaptığından husumet itirazının yersiz olduğu, keza, davalı S İnş. İşletme AŞ'nin A İş Merkezini kiraya veren ve güvenlik şirketiyle sözleşme yapan durumunda yani istihdam eden olduğu, böyle bir işyerine gelen müşterinin yapılan reklâmlara ve verilen hizmete güvenerek geldiği, işyerindeki müşterinin davalıların hâkimiyet alanında olup, mağaza içinde tüketiciyi her türlü kötülükten korumak zorunda oldukları, davacıların para ve eşyasının çalınmasında yeterli önlemlerin alınmadığı için davalıların kusurlu ve sorumlu olduğu, çalındığı iddia olunan para ve eşyanın davacıların yanında olması mümkün olan miktar ve nitelikte olup, maddi zarardan davalıların sorumlu olduğu, manevi tazminat koşullarının oluşmadığı gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne ilişkin verilen karar taraflarca temyiz edilmiştir.

1- Anne oğul olan davacıların olay günü alışveriş için davalılardan K Giyim San. Tic. A.Ş'nin (bundan sonra kısaca K olarak anılacaktır) işleteni olduğu işyerine gittikleri, S'nin elbise denemeleri sırasında cüzdanını annesi olan diğer davacıya emanet ettiği, U'nun da S'ye ait cüzdanı kendi çantasına koyduktan sonra çantasını yandaki tezgâhın üstüne koyarak oğlunun giydiği kıyafet ile ilgilenirken çantanın çalındığı, kısa sayılabilecek sürede çantada bulunan kredi kartları ile nakit para çekimi yapıldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Böyle bir olayda öncelikle, işyerinde B markalı ürünlerin satılması nedeniyle bu markalı ürünleri bayilik sözleşmesi uyanınca bu işyerine veren B Mağ. Tek. San. Tic. A.Ş (bundan sonra B olarak anılacaktır) ile K ile kira sözleşmesi imzalayan ve işyerinin bulunduğu alışveriş merkezinin genel olarak işleten diğer davalı S İnş. İş. Tic. A.Ş'nin (bundan sonra kısaca A olarak anılacaktır) kusur ve sorumluluklarının bulunup bulunmadığı üzerinde durulması gerekir.

Hemen belirtmek gerekir ki, tüm davalılara yüklenmek istenen kusur ve sorumluluk, CulpâınContrahiende, sözleşme görüşmeleri sırasında işlenen kusura dayanmaktadır. Burada henüz sözleşme kurulmadığı için dar anlamda bir haksız fiil sorumluluğundan söz edilebilir. İhlal edildiği ileri sürülen yükümlülük asli borç ilişkisi ile ilgisiz olup, sadece işyeri sahibinin müşterinin zarara uğramaması için özen yükümüne uymamasından doğan bir borç ilişkisi doğmaktadır. Buradaki sorumluluğunun temelini MK'nun 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kurallarının oluşturduğu söylenebilir. Böyle olunca, doğan zararın, üçüncü kişilerin omuzlarına yıkılarak denkleştirilmesi yoluna gidilirken dikkatli olunmalıdır. Roma hukuku ile müşterek hukukun esaslarını benimseyen Borçlar Kanunumuz kusur prensibine (culpa prensibine) dayanmakta olup, buna göre zararın başkasına yükletilmesinin koşulu kusurdur. Hukukta gerçekleşen zararın sorumluluğunun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine genel anlamda illiyet bağı denilir. Davacıların doğan zararı ile davalıların eylemleri arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı takdirde sorumlu tutulmaları mümkün değildir. Bu açıklamalardan sonra somut ola-

ya dönecek olursak, davalı K'nun davalı B tarafından üretilen giyim ürünlerini sattığı tartışmasızdır. Bu haliyle B'nin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasanın 3. maddesinde belirtilen "imalatçı-üretici" tanımına uyduğu ve anılan yasanın 3.3. maddesi hükmü uyarınca da satılan malların ayıplarından sorumlu olduğu açıktır. Ne var ki B ile K arasındaki ilişki acente veya şube ilişkisi olmayıp, bayilik ilişkisi içerisinde olduğu anlaşılmaktadır. O halde B'yi 4077 Sayılı Yasa hükümleri gereğince de sorumlu tutmak mümkün değildir. İstihdam eden durumda da olmayan K'nin sözleşme dışı sorumluluk ilkelerine göre zayıf haksız fül sorumluluğunun bu davalıya sırayet ettirmek sorumluluk hukuku ilkeleriyle bağdaşmaz. Dolayısıyla zarar ile B'nin davranışı arasında uygun illiyet bağı olmadığından husumet yöneltmesi mümkün değildir.

A yönünden bakıldığında ise, A'nun K'ye taşınmazı kiralayan olduğu, A isimli iş merkezinin ortak alanlar ile ilgili güvenlik dahil hizmet verdiği anlaşılmaktadır. Ne var ki, işyeri kiraya verilmekle o bağımsız bölüme ait işletme hakkı kiracı durumunda olan K'ye geçmiştir. A'nun artık bağımsız bölümlere müdahale etme gibi bir hakkı ve yetkisinin bulunmadığı gibi, olay genel alanlarda vuku bulmadığına, olayda sorumluluğunu gerektirir başkaca kişisel kusuru iddia ve ispat edilemediğine göre bu davalının da kusur ve sorumluluğundan söz edilemez. Olayın öğrenilmesi üzerine çok sayıda kişinin içeride bulunduğu iş merkezinin tüm kapılarının kapatılarak herkesin şüpheli durumuna getirilmesi ve daha ötesi hürriyetlerinin sınırlandırılması da mümkün değildir. Öyle olunca, bu davalının da kusur ve sorumluluğu bulunmamaktadır.

Açıklanan bu nedenlerle davalı B ve A hakkındaki davanın reddi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

2- Diğer davalı K'nin temyiz itirazlarına gelince; dosya'kapsamına, takdir edilen delillere ve özellikle sıradan bir mağaza olmayan K'nin alışveriş için işyerine gelen müşterinin mal güvenliğini, özellikle kendi muhafazasına terkedilmiş bir eşyasını asgari özen yükümlülüğünde korumak ve kollamak zorunda bulunmasına göre, bu davalının diğer temyiz itirazları yerinde değil ise de, bir kişinin zarara kendisinin kusuru ile sebebiyet vermesi halinde zarara o kişinin kendisinin katlanması gerektiği genel hukuk ilkelerindedir. Kaldı ki, hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz. Ne var ki zarar görenin ağır kusuru illiyet bağını kesecek yoğunlukta değil ise, hemen illiyet bağının kesileceği sonucuna varılmayacağı doktrinde kabul edilmekte ve bu durumda tazminattan indirim yapılması gerektiği benimsenmektedir. Davacı .'in saklaması amacıyla kendisine teslim ettiği cüzdanı ve kendi çantasını yandaki tezgâha kontrolsüz bırakan ve cüzdanda bulundurulmuş kredi kartlarının da şifresini kolayca elde etmesine imkân veren davacıların, olayda ağır kusurlu olduğunun kabulü zorunludur. Böyle olunca mahkemece, davacıların ağır kusurlu olduğu gözetilerek hükmedi-

len tazminattan indirim yapılması gerekirken bu hususu gözardı ederek yazılı şekilde hüküm tesisi de usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

3- Davacıların temyiz itirazlarının incelenmesinde; davacılar zararlarını kanuni faizi ile talep ettikleri halde mahkemece faiz isteği hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemesi de isabetsiz olup, bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı B Mağazacılık Tekstil San. Tic. A.Ş. ve S İnşaat ve İşletme A.Ş. yararına, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı K Giy. San. ve Tic. Ltd. Şti. yararına, 3. nolu bentte yazılı nedenlerle davacılar yararına (BOZULMASINA), peşin harcın istek halinde iadesine, 31.03.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

GÖRÜŞÜMÜZ

Yukarıdaki kararda da açıkça belirtildiği üzere arabanızı bıraktığınız otoparkın hukuki sorumluluğu ve yine alışveriş yapmakta olduğunuz bir işyerinin hukuki sorumluluğu öncelikle 4077 sayılı THK'dan kaynaklanmaktadır. Hatta üzerinde durulması gereken noktalardan biri de alışveriş işleminizi gerçekleştirmemiş ve kararda belirtildiği gibi sözleşmeyi yapma yani o işyeri açısından henüz sadece potansiyel bir tüketici konumunda olsanız dahi işyerinin size karşı hukuki sorumluluğu olduğu mutlaklıdır. Ancak elbette ki illiyet bağı tüm diğer haklar açısından değerlendirilmede nasıl en başlarda rol alıyorsa tüketici hakları bakımından da sırf üretici karşısında zayıf konumda olduğundan bahisle her koşulda ve durumda tüketicinin haklı olduğunu ileri sürmek ve buna inanmak isabetli değildir.

Yukarıda değinildiği şekilde tüketicinin kendi ağır kusuru göz ardı edilmemeli, bu sebeple tazminattan indirime gidilmelidir. Aksi takdirde sorumluluğun tamamının işyerinde yani satıcı firmada bulunduğunu iddia etmek hak ve hukukla bağdaşmayacağı gibi, tazminata hükmedilmesinin sebepsiz zenginleşmeye sebep olmaması gerektiği kuralıyla da ters düşecektir.

Keza tüketici hakları bakımından sorumluluktan söz ederken husus met yönlendirileceklerin tespitinin önemi bir kez daha bu kararla vurgulanmaktadır. Şöyle ki; her ne kadar işyeri ile birlikte iş merkezi ve işyerinin mallarını satmakta olduğu üretici firmada davada taraf olarak gösterilmişse de açıklanan mantıklı nedenlerle işyeri hariç diğerlerinin bu davada taraf olma ehliyetlerinin olmadığı hususu kesinlikle doğrudur. Zira iş merkezi işyerini kiraya vererek güvenlik açısından da tüm sorumluluğu kiraya veren olarak kiracıya devretmiş olmaktadır. Aynı şekilde sırf onun mallarını sattığı için işyeri kendi alması gereken önlemleri almayaarak zarara uğrattığı tüketicinin zararının tazminini mallarını satmakta olduğu üretici firmanın üzerine atamaz.

KARAR 2

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/10790 K: 2007/10898 T: 25.06.2007

**TÜKETİCİ HUKUKU • HAKSIZ ALINAN OKUL ÜCRETİ •
TÜKETİCİ MAHKEMELERİ**

(TKHK m. 4, 13, 14)

Özet: Her türlü tüketici işleminde görevli mahkeme Tüketici Mahkemeleridir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak sözkonusu olmaz. Haksız alınan okul ücretinin iadesi istemi de Tüketici Mahkemelerinde görüşülüp karara bağlanmalıdır.

Dava dilekçesinde 495.20 YTL alacağın faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın reddine dair (miktar itibariyle) kesin karar verilmiş hükmün davacı tarafça kanun yararına bozulması istenilmiş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca talep doğrultusunda, kararın kanun yararına bozulması istenilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada, okul ücreti olarak haksız olarak tahsil edilen 495.20 YTL'nin iadesi istenilmiş, mahkemece istemin reddine kesin olarak karar verilmiştir.

4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun Amaç başlıklı 1. maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2. maddesinde "Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemi kapsar" hükmüne yer verilmiştir.

Bir hukuki işlemin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut uyumsuzlukta davacı ile davalı arasında 4077 Sayılı Yasanın değişik 10/A maddesi kapsamında sözleşme ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır.

4077 Sayılı Yasanın 23. maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağı öngörülmüştür.

Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak sözkonusu olmaz.

4077 Sayılı Kanununun 2. ve 3. maddeleri gereği somut olaya 4077 Sayılı Kanunun uygulanması gerekmektedir. Aynı yasanın 23. maddesi gereğince uyuşmazlığın çözümünde Tüketici Mahkemesinin görevli olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde işin esasına girilip hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup doğru görülmemiştir.

Bu itibarla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427/6. maddesine dayalı kanun yararına bozma isteminin açıklanan sebeplerle kabulü ile hükmün BOZULMASINA ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine 25/6/2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GÖRÜŞÜMÜZ

Yukarıdaki kararda yer verildiği üzere, tüketici haklarının korunması noktasında bir diğer sorun da görevli mahkemenin tespitinde daha doğrusu tüketiciler tarafından açılan davalarda üretici firmalar tarafından görev itirazının çok sık gündeme getirilmesinde yaşanmaktadır. Zira daha önce yazımız içerisinde belirttiğimiz gibi, tüketici hakları maalesef halen ülkede istenilen noktaya gelememiştir. Keza yasanın aydınlatamadığı bir takım hususlar da, Yargıtay'ın kararları doğrultusunda yerleşik hale gelecektir. Bu sebeple yukarıdaki gibi Tüketici Mahkemelerinin görev alanının tespiti ile ilgili kararlar çok önem arz etmektedir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığının tespiti için yasanın 3.maddesinde yer verdiği tüketici, satıcı ve mal tanımlarının iyi incelenmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde özel mahkeme olarak kurulan tüketici mahkemelerinin görev alanının sağlıklı tespiti mümkün olabilecektir. Davacı ile davalı arasında herhangi bir sözleşmenin olmayışı görevli mahkemenin Tüketici Mahkemesi olması gerektiği konusunu değiştiremeyeceği gibi şirketin sorumluluğunu da ortadan kaldırmayacaktır.

KARAR 3

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/510 K: 2007/1989 T: 15.2.2007

**TÜKETİCİ HUKUKU • HAKSIZ ŞART • TÜKETİCİ KAVRAMI
• ÖZEL OKUL ÖĞRENİM ÜCRETİ**

Özet: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereğince satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tüketici aleyhine dengesizlik oluşturan şartlar haksız olup tüketiciyi bağlamaz.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraflar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı, davalının kızının 2000, 2001 eğitim öğretim döneminde 8. sınıf öğrencisi olarak okullarında öğrenim gördüğünü, davalının 2.008.800.000 TL öğrenim bedelini ödemediğini ileri sürerek alacağının tahsili için başlattığı İcra takibine vaki itirazın iptaline ve % 40 İcra inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Davalı, kızının davacıya ait okulda öğrenim gördüğünün doğru olduğunu, ancak kendisi matbaacılık işi ile ilgilendiği için okula ait birtakım matbaa işlerini yapmak üzere anlaştıklarını, işleri yaparak davacıya teslim ettiğini, karşılıklı alacaklarını takas ettiklerini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davalının yaptığı işle ilgili 111.150.000 TL bedelli faturanın davacı defterlerine işlenmiş olması nedeniyle bu miktarın mahsubu ile bakiye 1.893.650.000 TL için itirazın iptaline, takibin devamına, fazla talebin reddine, %40 inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Dava, özel okul öğrenim ücreti karşılığı düzenlenen faturanın ödenmemesinden doğan itirazın iptaline ilişkindir. Davalı tarafından imzalanan 08.09.2000 tarihli öğrenci kayıt ve başvuru formu başlıklı belgede öğrenim

giderinin vadesinde ödenmediği takdirde her ay için %12 gecikme faizi ile birlikte ödeneceğinin kabul edildiği yazılıdır. Davacı başlattığı İcra takibinde 2.008.800.000 TL asıl alacak ile alacağının takip tarihinden itibaren aylık %12 gecikme faizi ile birlikte tahsilini istemiş, davalı ise İcra takibine itirazında borcun fer'ileri ile birlikte tamamına itiraz ettiğini bildirmiştir. Mahkemece belirlenen ve hüküm altına alınan alacağın tahsili için itirazın iptaline karar verilmiş olmakla takip tarihinden itibaren asıl alacağa aylık %12 faiz yürütülmesi doğrultusunda karar verilmiş olmaktadır.

4822 Sayılı Kanunla değişik 4077 Sayılı Kanunun "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlığını taşıyan 6. maddesinde "Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.

Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.

Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez" hükümleri düzenlenmiştir.

Somut olayda, öğrenci başvuru ve kayıt formunun alt kısmında yazılı "Velinin yazılı beyanı" başlıklı kısımdaki şartların davacı tarafından düzenlenen ve standart nitelikte bir metin olduğu anlaşılmaktadır. Taksitlerin, vadesinde ödenmediği takdirde her ay için %12 gecikme faizi ödeneceğine dair şartın müzakere edilerek karşılıklı mutabakatla hüküm altına alındığına ilişkin bir delilin varlığı iddia ve ispat edilememiştir. Bu nedenle açıklanan şartın davalı tüketici açısından bağlayıcılığı yoktur. Mahkemece belirlenen alacağa takip tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesine karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bentte yazılı nedenlerle temyiz olunan kararın davalı yararına BOZULMASINA, 15.02.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

GÖRÜŞÜMÜZ

4822 Sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca "Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu

her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici, içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.” hükmünü getirmiştir. Buna göre yukarıdaki Yargıtay kararı ışığında üzerinde durulması gereken en önemli noktalardan biri de, Tüketicinin Korunması Hakkında Yasa ile bu çerçevede mal veya hizmet alan tüketici ve Ticaret Kanunu çerçevesinde mal veya hizmet alan basiretli tacir arasındaki farktır. Bilindiği gibi basiretli tacire yukarıda tüketici için belirtmiş olduğumuz hakkın tanınma ihtimali dahi yoktur. Oysa iki durumda da alınan bir mal veya hizmet söz konusudur. Ancak tüketiciye tanınan hak dikkate alındığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun çıkarılma nedeni ve yine özel mahkemeler olan Tüketici Mahkemelerinin kurulma nedenleri daha iyi anlaşılacaktır.

Bilinçli tüketici olma yolunda hep birlikte daha ileriye gideceğimiz ve daha iyiye ulaşacağımız hukuki düzenlemelerin hukuk yaşamına dahil olacağı inancıyla, üreticilerin yasa korkusu olmadan ve maddi kaygılardan arınmış olarak tüketiciye saygı göstereceği ve haklarını teslim edeceği günlerin gelmesi özlemiyle .



YARGITAY
KARARLARI

YARGITAY HUKUK
GENEL KURULU

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU
E: 2006/9-374 K: 2006/382 T: 14.06.2006

İŞ HUKUKU • FAZLA ÇALIŞMA • DENKLEŞTİRME
KURALI • HAFTANIN BELİRLİ GÜNLERİNDE GERÇEKLEŞEN
ÇALIŞMA • GÜNDE 14 SAAT ÇALIŞMANIN ESKİ VE YENİ İŞ
YASASINA GÖRE FAZLA ÇALIŞMA KAPSAMI*

(1475 SK m 61, 4857 SK m 41, 63)

Özet: Dinlenme arası dışında günde net 14 saat çalıştığı kabul edilen işçinin fazla çalışma süreleri, 1475 Sayılı Yasa dönemi bakımından haftalık 45 saati aşması yönünden değerlendirilir. 4857 Sayılı Yasa döneminde ise; günde net 14 saat çalışan işçinin haftanın belirli günlerinde gerçekleşen çalışmaları bakımından günlük 11 saati aşan çalışmaları fazla çalışma olarak kabul edilebilir. Bu durumda fazla mesai sayılan çalışma süresi toplam olarak haftada 45 saati aşmadığından denkleştirmeden söz edilemez.

Taraflar arasındaki "**Fazla Çalışma ve Vardiya Primi Alacağı**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 9. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 19.04.2005 gün ve 2004/1716 E-2005/248 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 03.10.2005 gün ve 2005/25340-32184 sayılı ilamı ile;

(...1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Dava fazla mesai ve vardiya primi alacağına ilişkindir. İstekler hüküm altına alınmış karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacının ayda on gün, günde 24 saat süre ile davalı idare bünyesinde radyoling istasyonunda güvenlik görevlisi olarak çalışmak üzere görevlendirildiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

İstek konusu dönem 15.02.2001-23.12.2004 tarihleri arasındır.

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

Söz konusu sürenin bir kısmı 1475 sayılı İş Kanunu diğer kısmı halen yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanunu dönemine rastlamaktadır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 61. maddesine göre genel bakımından iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre üst sınırdır. 45 saatin üstünde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesine ilke olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiş devamında tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılacağı ifade edilmiştir.

Aynı kanununun 41. maddesine göre fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

Davacı işçi yanında diğer bir işçi ile nöbet tutmaktadır. Normal olarak günlük 24 saat çalışmanın 12 saatinde bir işçi kalan sürede diğer işçinin çalıştığı varsayılır. Çalışılan bu süre içerisinde bir saatin zorunlu yemek ve diğer ihtiyaçlar için harcadığı gözönüne alındığında davacı işçinin günlük çalışma süresi 11 saati aşmaz. Haftada çalışılan süre 77 saat eder. İkinci haftaya sarkan üç günde de 33 saat çalışmış olur. Gerek 1475 sayılı gerek 4857 Sayılı Kanun döneminde haftalık çalışma süresi 45 saat kabul edildiğinden davacı işçinin 1475 Sayılı Kanun döneminde birinci haftanın fazla çalışması 32 saatten hesaplama gerekir. 10 günlük sürenin ikinci haftaya sarkan üç gün için haftalık 45 saati aşan bir çalışması bulunmadığından anılan günler için fazla çalışma ücreti ödenmez.

Davacı işçinin 4857 Sayılı Kanun dönemindeki çalışması için örtülü bir denkleştirme söz konusu olur. Çünkü anılan dönemde davacı işçi günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmamaktadır. Her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 Sayılı Kanununun 63. maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir. Mahkemece yukarıda belirtilen usul ve hesaplamalara dayanmayan karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3. Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinin 12. maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından vardiya primi isteğinin kabulü ayrı bir bozma nedeni sayılmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

1475 sayılı İş Kanunu'nun 61. maddesine göre; iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre üst sınırdır. 45 saatin üstünde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesinde ilke olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiştir. Ancak tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılacağı ilkesi benimsenmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 41. maddesine göre fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşıya dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

1 -Davacı İzmit Hereke ve Babatepe R/L istasyonlarında güvenlik görevlisi olarak bir hafta 3 gün ve 24 saat, diğer hafta 4 gün 24 saat aralıksız çalıştığını, haftada 3 ya da 4 gün nöbetten sonra diğer haftadaki nöbeti gelene kadar dinlendiğini, ileri sürerek fazla çalışma ve vardiya primi ödenmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket, ileri sürüldüğü gibi davacının (R/L) istasyonunda 24 saatin tamamında görev başında bulunmadığını, dinlenme ve uyku sürelerini kullandığını, davacıya mevzuata uygun olarak yıllık izinlerinin de nöbet dönemine denk gelecek şekilde kullandırıldığını, davacının istemlerinin haksız olduğunu cevaben bildirmiştir.

Mahkemece, davacının çalıştığı 24 saatlik süreden yemek, uyku gibi zorunlu ihtiyaçları için 5 saatlik sürenin düşürülmesi sonucu günlük 19 saat çalıştığının kabulü ile buna göre hesaplanan bilirkişi raporunu benimseyerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özel Dairece yukarıya aynen alınan gerekçelerle hüküm bozulmuş, mahkeme önceki kararında direnmiştir.

Dosya kapsamına göre; davacının davalı şirkete ait radyolink istasyonunda iş yerinin meskun mahal dışında bulunması ve ulaşım zorluğu gibi zorunlu nedenler dolayısıyla bazı haftalarda 3 gün, bazı haftalarda ise 4 gün iş yerinde kalarak çalıştığı, haftanın diğer günlerinde ise evinde istirahat ettiği anlaşılmaktadır.

Radyolink istasyonlarında yapılan çalışmanın niteliği, yapılan işin ve iş yerinin özelliğine göre bu tür çalışanların uyku vesair zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak için geçen zaman dışında günde 14 saat çalışabileceği

Hukuk Genel Kurulu'nun 05.04.2006 gün 2006/9-107 Esas, 2006/144 Karar sayılı bozma kararında olduğu gibi somut olayda da benimsenmiştir.

Türk Telekomünikasyon A.Ş. (R-L) İstasyonlarında Çalışma Usul ve Esasları'na ilişkin düzenlemenin Çalışma Süresinin Düzenlenmesi ile ilgili 6. maddesi;

"a) Çalışan, personel, 24 saatlik süre içinde 3 vardiya halinde haftalık 6 gün 45 saat esasına göre çalıştırılır, ancak bu şekildeki vardiyayı oluşturacak sayıda personel bulunmayan istasyonlarda bu durum dikkate alınarak, 4857 sayılı İş Kanununun 63. maddesine göre günde 11 saati aşmamak koşuluyla İl Telekom Yöneticisinin onayı ile farklı şekilde çalışma düzeni de oluşturulabilir.

b) 4857 sayılı İş Kanununun 63. maddesinde yer alan denkleştirme esasına göre; haftalık normal çalışma süresinin, işyerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir, bu şekilde en fazla dört aylık süre içinde haftalık ortalama çalışma süresi normal haftalık çalışma süresini aşamaz.

c) 4857 sayılı İş Kanununun 41. maddesine göre; denkleştirme esasının uygulandığı hallerde bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi yapılan bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

d) Fazla çalışma yapan personel isterse bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine fazla çalıştığı her bir saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı serbest zaman (ücretli izin) olarak kullanabilir" hükümlerini içermektedir.

1475 Sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde; Yargıtay'ın istikrar kazanan uygulamasına göre haftalık 45 saati aşan çalışmaların fazla mesai olarak kabulü gerekir. Davacının günde 14 saat çalıştığı kabul edildiğinde, haftada 3 gün çalışıldığında, haftalık çalışma süresi 42 saat olacaktır. Bu haftalarda fazla mesai yapıldığı kabul edilemez. Dört gün çalışılan haftalarda ise, haftalık çalışma 56 saat olup, davacının bu haftalarda, haftada 11 saat fazla mesai yaptığının kabulü gerekir. Mahkemenin hükmüne esas alınan bilirkişi raporunda 1475 Sayılı Yasa döneminde günlük 7,5 saati aşan çalışmaların fazla mesai olarak kabulü hatalıdır.

4857 Sayılı Yasa döneminde ise; günlük 11 saati aşan çalışmaları ile haftalık 45 saatten fazla çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edildiğinden, haftada 3 gün çalışılan haftalarda 11 saati aşan günlük 3 saat, haftalık 9 saat çalışmanın; haftada 4 gün çalışıldığında günlük 3, haftalık 12 saat çalışmanın fazla çalışma saati olarak kabulü gerekir.

Bu durumda fazla mesai sayılan çalışmalar dışındaki çalışma süresi; haftada 3 gün çalışıldığında günlük 11 saatten haftada 33 saati bulacağı; haftada 4 gün çalışıldığında ise günlük 11 saatten haftalık 44 saate ulaşacağından ve haftalık 45 saati aşmadığından denkleştirmeden söz edilemez.

Bu çalışma şekline göre; davacının fazla mesai çalışma alacağının saptanması için bilirkişiden Yargıtay denetimine elverişli ek rapor alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde fazla çalışma alacak isteği ile ilgili hüküm kurulması hatalı olup kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir.

2 -Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nin 12. maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından vardiya primi isteğinin kabulü de doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 14.06.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2006/6-352 K: 2006/555 T: 20.09.2006

**BORÇLAR HUKUKU • TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİ
• KİRALAYAN SIFATI • KİRALAYAN SIFATININ DEVREDİLMESİ**

(BK m. 248)

Özet: Borçlar Kanunu hükümleri bakımından kiralayanın mutlaka malik olması şart değildir. Zira, kira sözleşmesi kişisel hak doğuran sözleşme olup üçüncü kişilere ait olan malların dahi kiraya verilmesi mümkündür.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle kiralayın sıfatının değişeceği ve kira sözleşmesinin devredilmiş olduğu sonucuna varılmalıdır.

Taraflar arasındaki “**Kira Tespiti Davası**”ndan dolayı yapılan yargılama sonunda; Ü. 1. Sulh Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 3.12.2003 gün ve 2002/1473-2003/1062 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 22.04.2001 gün ve 2004/4181-4084 sayılı ilamı ile,

(“...Davacı dilekçesinde; Ü. 6. Noterliğinin 8.7.2002 tarih ve 16605 yevmiye nolu düzenleme şeklindeki gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi ile satın aldığı taşınmazda kiracı bulunan davalıya süresinde ihtarname ile bildirildiğini ileri sürerek 1.12.2002 tarihinde başlayan dönem kira parasının 200.000.000 lira olarak saptanması istenilmiş, mahkemece resmi şekilde yapılmayan satış sözleşmesinin geçersiz olduğu gerekçesi ile davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm, süresinde davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Gerçekten, Borçlar Kanunu'nun 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre kanunun öngördüğü şeklin kapsamı ve sonuçları hakkında başka bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme sahih olmaz. Başka bir anlatımla Kanun geçerlilik şartı düzenlemiş bulunmakta ve buna uyulmadan yapılan sözleşmelere “geçerlilik” müeyyidesini uygulamaktır, yani, TMK'nın 706. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun 11 ve 213. maddelerinin bu açıklıkları karşısında, tapuda kayıtlı taşınmazın haricen satımına ilişkin sözleşmeler geçersizdir. Ancak, hukukun her alanında uygulama niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının, şekle aykırılığı ileri sürmek hakkı için de bir sınır teşkil ettiği hakim tarafından resen gözetilmelidir.

Yargıtay'ın olayın özelliğini gözeterek, hakkın kötüye kullanılması ya-sağı kuralıyla şekil şartı kuralını aştığına ve dolayısıyla bu tür sözleşme-leri geçerli kabul ettiğine dair pek çok kararı mevcuttur (5.7.1994 gün ve 12/26 sayılı, 30.9.1998 gün ve 2/2 sayılı içtihadı birleştirme kararları).

Somut olayda, dava konusu taşınmazın kadastro tespit tutanaklarının beyanlar hanesinde "6831 Sayılı Kanununun 2/B maddesi uyarınca hazine lehine orman sınırları dışına çıkartılmıştır. Bu parsel üzerindeki bina S. oğ-lu MT'ye aittir" açıklaması mevcuttur. Davacı, Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmesi ile bu taşınmazı MT'den satın almış olup süresinde ihtarname ile davalıya bildirmiştir. Yukarıda açıklanan ilkeler gereğince kira sözleş-mesinin devredildiğinin kabulü gerekir.

Borçlar Kanunu'nun 248. maddesine göre; kira akdi karşılıklı edimleri ihtiva eden bir sözleşmedir. Bir tarafta taşınmazı kiraya veren kiralayan, diğer tarafta kira parasını ödeyerek taşınmazı işgal eden kiracı vardır.

Kural olarak; Borçlar Kanunu hükümlerine uygun olarak yapılan kira sözleşmesinin tarafları kira tespit davasını açabilir. Bunun istisnası ise, ki-ra sözleşmesine taraf olmayan malikin kira tespit davasını açabilmesidir. Kaldı ki, BK'nun hükümlerine göre kiralayanın malik olması da şart de-ğildir. Zira, kira sözleşmeleri kişisel hak doğuran sözleşmeler olup, üçüncü kişilere ait olan malların dahi kiraya verilmesi mümkündür.

O halde mahkemece, önceki malik ile yapılan kira sözleşmesinin 1.12.1994 tarihli olması nedeniyle 18.11.1964 tarih ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince hak ve nesafet kuralları gereğince 1.12.2002 dönemi kira parasının tespiti gerekirken davacının malik ve ki-ralayan olmadığı ve kira tespit davası açamayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmüştür..." gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mah-kemece 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 ge-reği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle; 3402 sayılı Kadaastro Kanununun 19. maddesinin 1. fıkrasında "Tapuda kayıtlı taşınmaz malın zilyet lehine tespitinde, mevcut ve her türlü takyit ile sınırlı aynı haklar saklı tutulur. Eski tapu kayıtlamadaki bu tür hak ve mü-kellefiyetler, kadaastro tutanağında belirtilerek yeni kütüklere aynen geçiri-lir"; 2. fıkrasında ise "Taşınmaz mal üzerinde malikinden başka bir kimse-ye veya paydaşlarından birine ait muhdesat mevcut ise bunun sahibi, cin-

si, ihdas tarihi ve iktisap sebebi belirtilerek tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir" hükmüne yer verilmiş olmasına; somut olayda, kira tespiti istemine konu. dava dışı Hazine adına tapuya kayıtlı, L, Ü, A. D. Mah. Ada: 372; parsel: 18 (Eski parsel numarası 101) sayılı, 5814 m me-sahalı, bahçe vasıflı taşınmazla ilgili kadastro tutanağının "Beyanlar" ha-nesinde "6831 Sayılı Kanunun 2/B maddesi uyarınca Hazine lehine or-man sınırları dışına çıkarılmıştır. Bu parsel üzerindeki bina S. oğlu MT'a aittir" şeklinde açıklama bulunmasına; bu açıklamada adı geçen M.T. ile davacı arasında dava konusu kiralanana ilgili olarak, Ü. 6. Noterliğince resen düzenlenen 8.7.2002 tarihli, 016605 yevmiye nolu "Düzenleme Şek-linde Taşınmaz Mal Satış Vaadi Sözleşmesi" başlıklı sözleşmenin ve ayrı-ca, yine 8.7.2002 tarihli olup, anılan satış vaadi sözleşmesine atıf yapılan harici satım sözleşmesinin düzenlenmiş olmasına; her iki sözleşme içeri-ğinden, taşınmazın satış vaadi tarihi itibarıyla geçerliliğini sürdüren söz-konusu kira sözleşmesiyle yükümlü olarak alıcıya teslim edildiğinin açık-ça anlaşılmasına; böylece, dava dışı MT'nin, davalı ile arasındaki 1.12.1994 başlangıç tarihli kira sözleşmesinden kaynaklanan "kiralayan" sıfatını tüm hak ve borçlarıyla birlikte görülmekte olan davanın davacısı durumundaki MAD'ye devretmiş olduğunun kabulü gerekmesine 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.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2006/11-617 K: 2006/642 T: 11.10.2006****MUARAZANIN MENİ • MADEN İŞLETİLMESİ
• MADEN SİCİLİ • RÖDOVANS SÖZLEŞMELERİ**

Özet: Maden siciline tescil edilen işletme hakkının devri sözleşmesi, işletme hakkı bakımından devir alana öncelik hakkı verir.

Marka ve benzeri değerlerin belli bir yüzde karşılığında devredilmesini amaçlayan rödovans sözleşmeleri Türk hukuk sisteminde hasılat kiralarna ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmektedir. Herhangi bir şekil şartına tabi olmayan rödovans sözleşmesinin maden siciline tescil zorunluluğu da bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki "**Muarazanın Men'i**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Balıkesir 2. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 15.06.2004 gün ve 2003/562 E- 2004/539 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 08.12.2005 gün ve 2004/12958-2005/12044 sayılı ilamı ile;

(...Davacı vekili, davalının saha ve işletme izin belgesi sahibi olduğu maden sahasını 21.12.1999 tarihli sözleşme ile rödovans karşılığı davalısı FK'ya kiraladığını, bu şahsın da yine sözleşmenin 1. maddesine dayanarak işletmeyi 23.10.2002 tarihli sözleşme ile müvekkiline kiraladığını, ayrıca müvekkili ile davalı arasında da tarihsiz bir sözleşme imzalandığını, sözleşme çerçevesinde davacının tüm edimlerini yerine getirmesine rağmen davalının vekaletname vermemesi ve sevk irsaliyesi düzenlememesi sonucunda müvekkilinin iş yapamaz duruma geldiğini, zira, yasa gereğince irsaliyelerin ya işletme sahibinin ya da onun vereceği vekaletname ile düzenlenmesi gerektiğini, sözleşme gereğince sahaya büyük miktarda yatırım yapıldığını, alınan duyumlara göre de davalının işletme hakkını 3. şahıslara kiralama peşinde olduğunu ileri sürerek, davalının sözleşmeye uyması yönünden muarazanın önlenmesini, olmadığı takdirde fazlası saklı kalmak kaydıyla 10 milyar TL maddi zararın davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekili, taraflar arasında rödovans karşılığı sözleşmenin yapıldığını ancak, davacının sözleşmenin 4. maddesinde öngörülen rödovansı 5. maddede belirtilen sürede ödemediği gibi, 16. madde gereğince sondaj be-

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

delleri karşılığı verilmesi gereken iki adet bononun da verilmediğini, keza sözleşmenin 6. maddesinde öngörülen rödovans bedelininde belirtilen sürede ödenmediğini, tarihsiz sözleşme ile de 500.000.000 TL'nin müvekkiline, 4.000.000.000 TL'nin ise müvekkilinin borçlu görüldüğü icra dosyasının ödenmediğini, davacının herhangi bir zararının bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Asli müdahiller T.T. ve Ç. Ayakkabı Ltd. Şti. vekili, davacının sözleşme ile aldığı işletme hakkına dayalı olarak müvekkili Tacettin ile ayrı bir ortaklık sözleşmesi imzalayarak hakkının %40'unu Tacettin'e, %30'unu diğer müvekkiline de devrettiğini, maden sahasına yatırımların müvekkillerince yapılmasına rağmen davacının kötüniyetli olarak "işletme yetkili" vekaletnameyi geri alarak Tacettin'i vekaletten azlettiğini ileri sürerek, maden ocağının işletilmesinin kayyuma bırakılmasını ve işletme hakkının %40'unun Tacettin'e %30'unun da müvekkili şirkete ait olduğunu tespitini istemiştir.

Müdahil D. Ltd. Şti. vekili, Maden Dairesi nezdinde maden çıkarma hak, yetki ve sorumluluğun müvekkili şirkete ait olduğunu, davalı yanında müdahale talebinin kabulünü ve ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasını istemiştir.

Mahkemece, toplanan kanıtlara göre, maden işletme ruhsatının davalıya ait olduğu, davalının 21.12.1999 tarihinde dava dışı Feyzullah ile harici rödovans sözleşmesi imzaladığı, davacının müdahil Tacettin ile ocaktan çıkacak kömürün %40'unun Tacettin'e, %30'un ise davacıya ait olacağını kararlaştırıldığı, ancak, Maden İşleri Genel Müdürlüğü'nün 16.06.2003 tarihinde davalı ile diğer müdahil D. Ltd. Şti. arasındaki rödovans sözleşmesini kabul ettiği, bu durumda her ne kadar davalı, davacı ve dava dışı Feyzullah arasında yapılmış bir sözleşme var ise de bu sözleşmenin Maden Yasası'nın 38. maddesi gereğince maden siciline tescil ettirilmediği, bu nedenle sözleşmenin davalıyı ve Maden Dairesi'ni bağlamadığı yasaya göre tescil edilmemiş kira sözleşmesine dayanılarak davacı ile müdahil Tacettin arasındaki ortaklık sözleşmesinin müdahile herhangi bir hukuki koruma sağlamayacağı, yasaya uygun olarak yapılmamış sözleşmeye dayanılarak davalıdan herhangi bir talepte bulunulmayacağını, zira, halin icabına göre bu işleri yapan davacının Yasa'ya göre rödovans sözleşmesinin ne şekilde yapılacağını bilmesinin gerektiği gerekçesiyle davacının ve müdahil Tacettin'in davalarının reddine, müdahil D. Ltd. Şti'nin davasının kabulü ile ihtiyati tedbirin kaldırılmasına karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dilekçesinde davalının rödovans sözleşmesine aykırı davranıldığı, sözleşme konusu maden sahasının işletme hakkının 3. şahsa devretmeye yeltenildiği ileri sürülerek, öncelikle davalının sözleşmeye uyması yönünde muarazanın giderilmesi istenmiştir.

Dava tarihinden önce davalı yan, müdahil D. Ltd. Şti ile aynı maden sahasının işletme hakkının devri sözleşmesi imzalamıştır. Bu sözleşme

16.06.2003 tarihinde maden siciline tescil edilmiştir. Bu durumda Maden Kanunu'nun 38. maddesi gereğince tescil edilen bu hakka dayalı olarak müdahil şirketin sahayı işletme hakkı doğmuş olduğuna göre eldeki dava müdahil D. Ltd. Şti'ni de etkileyeceğinden hakkında dava açılması için davacıya süre verilmesi, dava açıldığı takdirde birleştirilerek görülüp sonuçlandırılması gerekir iken, yazılı gerekçeyle yargılamaya devam ile hüküm kurulmuş olması doğru görülmemekle kararın bozulması gerekmiştir.

2- Yargılama sırasında D. Ltd. Şti. maden sahasının davacıya teslimi konusunda verilen ihtiyati tedbir kararının kaldırılması isteminde bulunmuştur. Bu talep bir dava değildir. Mahkemece Duraksan Ltd. Şti'nin açtığı bir dava bulunmamasına rağmen tedbir kararının kaldırılması talebinin dava olarak değerlendirilerek davanın kabulü yolunda hüküm kurulmuş olması da bozmayı gerektirmiştir.

3- Davacı, taleplerini dava dışı Feyzullah ile imzaladığı sözleşmeye ve bu sözleşmeye dayalı olarak da M. Ltd. Şti. ile imzaladığı tarihsiz rödovans sözleşmesine dayandırmıştır.

Her şeyden önce davanın hukuki nitelemesinin doğru biçimde yapılması zorunludur. Hukukumuzda **rödovans** sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sözleşmeler yerleşik Yargıtay uygulamalarında BK'nın hasılat kiralarna ilişkin 270 ve devam eden ilgili maddeleri hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. (Dairemizin 23.03.1998 tarih ve 1998/394-1918 sayılı ilamında da önceden imzalanan ve bilahare maden siciline tescil edilen iki ayrı sözleşmeye dayalı talepler açısından maden siciline kayıtlı sözleşme dışındaki sözleşme hükümlerinin de tarafları bağlayıcı olduğu belirtilmiştir.) Taraflar arasındaki sözleşmenin maden siciline tescili zorunluluğu bulunmayıp, tescil ancak madendeki devlet hakkının takibi açısından hüküm ifade etmektedir. O halde mahkemece herhangi bir şekil şartına tabi olmayan rödovans sözleşmesine dayalı davacı taleplerinin değerlendirilmesi gerekir iken, somut olayda uygulama yeri bulunmayan Maden Kanunu'nun 38. maddesine göre sözleşmenin maden siciline kaydedilmediği gerekçesiyle davanın reddi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle dahi bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk

Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 11.10.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU
E: 2006/4-715 K: 2006/725 T: 15.11.2006

ÖZEL HUKUK TÜZEL KİŞİSİ • ÖZEL HUKUK KURALLARI
• KAMUSAL TAHKİM YÖNTEMİ*

(3533 SY m 1)

Özet: Anonim şirket statüsünde bulunan Türk Telekomünikasyon AŞ özel hukuk hükümlerine tabi olması ve sermayesinin tamamının devlete ait olmaması gözönüne alındığında, 3533 Sayılı Yasada belirlenen tahkim yönteminin Türk Telekomünikasyon AŞ ile belediye arasındaki uyuşmazlığa uygulanması olanaksızdır.

Taraflar arasındaki "**Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 13. Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 12.05.2004 gün ve 2003/545-2004/259 Sayılı Kararın incelenmesi davacı vekili ile davalılardan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 15.09.2005 gün ve 2004/13432 E. 2005/9275 K. sayılı ilamı ile,

(...1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacının davalılardan Murat'a yönelik temyiz itirazlarının reddi ile bu davalıya yönelik hükmün onanması gerekir.

2- Tarafların diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Yerel mahkemece dava kısmen kabul edilmiş, kararı davacı ile davalılardan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı temyiz etmiştir.

3533 Sayılı Kanununun 1. maddesine göre genel, katma ve özel bütçelerle yönetilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı devlete veya belediyelere yahut özel idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan uyuşmazlıklardan adalet mahkemelerinin görevi içinde bulunanlar o kanunda yazılı tahkim usulüne göre çözümlenir. Mahkemece tarafların durumları gözetilerek sözü edilen yasa buyruğu uyarınca dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmek gerekirken işin esasının incelenmiş olması bozmayı gerektirir...) gerekçesiyle bozularak dosya geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

TEMYİZ EDEN: Davacı ve Davalı Ankara Büyükşehir Belediye Bşk. Vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu Kararı'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir.

Davacı Türk Telekomünikasyon vekili, davalı Belediye Fen İşleri Yol Şube Müdürlüğü'ne ait, diğer davalı Murat tarafından kullanılan B-9 Dozer iş makinesi ile yol çalışması yaparken, davacı Türk Telekom AŞ'ye ait kablo ve güzergahına hasar verip zarara uğrattığını, meydana gelen olaydan dolayı davacı kuruluşun zararının toplam 22.829.259.336 TL olduğunu, tespit dosyasında da 146.190.000 TL masraf yapıldığını ileri sürerek zarar miktarı ile tespit masrafının davalılardan müşterek ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili, davacı kurumu uyardıkları halde kayıtsız kaldıklarını, tesislerini kaldırmadıklarını ve görevli bir personel bulundurmadıklarını bu nedenle hasarın meydana gelmesinde davacı kurumun ihmali olduğunu, davanın reddine kararı verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin "*Belediye'ye ait dozerin dikkatsiz ve tedbirsizce yol yapım çalışmaları sırasında davacıya ait yer altı telefon kablolarına hasar verdiğini, toplam hasar miktarı tutarının 19.403.660.000 TL olduğu, olayda davalı Belediye ve dozer operatörünün müştereken %80 oranında kusurlu olduğu, davacının olaydaki kusurunun ise %20 oranında bulunduğu*" gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda belirtilen nedenle bozulmuş, mahkemece "Davacı şirketin 3533 Sayılı Yasanın 1. maddesinde sözü edilen resmi Daire ve Müesseseler arasında olmadığı dolayısıyla uyuşmazlığa 3533 Sayılı Yasanın 1. maddesinde bahsedildiği gibi tahkim usulü ile değil işin esasına girilerek çözümlenmesi gerektiği sonucuna varıldığı" gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; tarafların sıfatına göre uyuşmazlığın genel mahkemede mi, yoksa 3533 Sayılı Yasa hükümleri gereğince mecburi tahkim prosedürü çerçevesinde mi bakılıp sonuçlandırılması gerektiği noktasındadır.

Sorunun çözümü, Türk Telekomünikasyon AŞ'nin hukuki statüsünün irdelenmesini gerekli kılmaktadır.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 4000 Sayılı Kanun ile değişik 1. maddesinde Telekomünikasyon hizmetlerinin Türk Telekomüni-

kasyon Anonim Şirketi tarafından yürütüleceği, 4673/1 md. ile değişik fıkрасında ise Türk Telekomun, bu Kanun ve özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket olduğu ifade edilmektedir. 233 sayılı KHK'ye bağlı cetvelde Kamu İktisadi Kuruluşları arasında sayılmakta iken 27.01.2000 tarih ve 4502 Sayılı Kanunun geçici 3. maddesi ile (KİK) listesinden çıkarılmıştır. Kamu iktisadi teşebbüsleri ticari işletme kurup işlettikleri için tacirdirler. Bunların sermayelerinin devlete ait olması ve bazı yönetim organlarının tayin usullerinin özellik arz etmesi, bu kurumlara kamu hukuku müessesesi vasfı vermeyip, bu kuruluşlar özel hukuk tüzel kişisi olup, haklarında hususi hukuk hükümleri uygulanır.

Kaldı ki, Türk Telekom hisselerinin tamamı Hazine'ye ait bulunmakta iken, Bakanlar Kurulu'nun 25.07.2005 tarih ve 2005/9146 sayılı Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nin %55 oranındaki hissesinin blok olarak satışına ilişkin nihai devir işlemlerine dair kararın yürürlüğe konulması hakkında kararı uyarınca, %55 oranındaki hissesinin blok olarak satışı suretiyle özelleştirilmiş bulunmaktadır.

3533 Sayılı Yasanın 1. maddesinde; "**Umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı devlete veya belediye veya hususi idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilaflardan adliye mahkemelerinin vazifesi dahilinde bulunanlar bu kanunda yazılı tahkim usulüne göre halledilirler**" denilmektedir.

Bu açık hüküm karşısında, davacı Türk Telekomünikasyon AŞ'nin hangi yönüyle bakılırsa bakılsın bu kanun hükümlerine tabi olmadığı anlaşılmaktadır. Eş söyleyişle davacının anonim şirket statüsünde bulunduğu daire veya müessese olmadığı, diğer yandan şirketin açıkça özel hukuk hükümlerine tabi kılınması, sermayesinin tamamının devlete ait bulunmaması, göz önüne alındığında 3533 Sayılı Yasa hükümlerinin davaya konu olayda uygulanma olanağı yoktur.

Bu görüşü; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.6.2002 tarih ve 2002/19-559 E., 551 K.; 7.12.2005 gün ve 2005/4-650 E., 711 sayılı kararları da doğrulamaktadır.

Bu nedenle davaya genel mahkeme sıfatıyla bakılıp sonuçlandırılması usul ve yasaya uygun olup, mahkemenin buna ilişkin direnmesi de yerindedir.

Ne var ki işin esasına yönelik temyiz itirazları özel dairece incelenmediğinden dosyanın temyiz itirazları incelenmek üzere özel daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklandığı üzere direnme uygun olup, işin esasına ilişkin davacı ve davalı Belediye vekillerinin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 4. Hukuk Dairesine gönderilmesine, 15.11.2006 oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU
E: 2006/4-762 K: 2006/735 T: 22.11.2006

**TAZMİNAT DAVASI • MAHKEME KARARLARI • YARGIDA AÇIKLIK
VE NETLİK İLKESİ • “ÖNCEKİ KARARDA DİRENİLMESİNE”
DENİLEREK YENİ BİR KARAR YAZILMAMASI DURUMU***

(HUMK m. 388, 389)

Özet: Mahkeme kararlarında taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların sıra numarası altında birer birer açık ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir. Bu biçim yargıda açıklık ve netlik ilkesinin gereğidir. Aksine durum, yeni tereddüt ve uyumsuzluklar yaratır, dava içinden yeni davalar doğar ve kamu düzeni ve toplumsal barış oluşturulamaz.

Taraflar arasındaki "Tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 10. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 9.12.2004 gün ve 2004/382-514 sayılı kararın incelenmesi davacılar tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 14.4.2005 gün ve 3861-3980 sayılı ilamıyla bozularak dosya yerine geri çevrilmeye yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Mahkeme kararlarında nelerin yazılacağı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesinde belirtilmiştir. Hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait her hangi bir söz tekrar edilmeksizin isteklerin her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların mümkünse sıra numarası altında birer birer açık şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir.

Aynı kural HUMK'un 389. maddesinde de tekrarlanmıştır. Keza HUMK'un 381. maddesi (kararın tefhimi en az 388. maddede belirtilen

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçilerek okunması suretiyle olur). Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, yeni tereddüt ve ihtilaflar yaratır. Hatta giderek denebilir ki, dava içinden davalar doğar, hükmün hedefine ulaşılmasını engeller, Kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz. Ayrıca bozma kararı ile ilk hüküm hayatiyetini yitirdiğinden ona atıf suretiyle hüküm tesisinin yukarıda açıklanan kural-lara uygun düşmeyeceği de aşıkardır.

Öte yandan Yargıtay'ın yerleşmiş görüşü de bu yöndedir. (Hukuk Genel Kurulu'nun 19.6.1991 gün 323/391 sayılı ve 10.9.1991 gün 281-415 sayılı ve 25.9.1991 gün 355-440 sayılı kararları.)

Ceza Genel Kurulu'nca da CMUK'un benzer hükümleri taşıyan 261 ve 268. maddelerinin uygulanmasında bozulan kararın geçerliliğini ve ye-rine getirilme yeteneğini yitirdiğinden "*önceki hükümde direnilmesine*" denilmekle yetinilerek ve atıf suretiyle hüküm kurulamayacağı kabul edilmiştir (Ceza Genel Kurulu'nun 2.2.1976 gün 22-25 sayılı kararı).

Somut olayda da aslolan kısa kararda, hüküm fıkrası oluşturulma-mış; yalnızca "*önceki kararda direnilmesine*" denilmekle yetinilmiştir.

O itibarla mahkemece HUMK'un 388. maddesinin açık hükmü göze-tilmeksizin yazılı biçimde karar verilmesi doğru değildir. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. madde-si gereğince **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre sair temyiz itirazları-nın incelenmesine şimdilik yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine, 22.11.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU
E: 2006/8-721 K: 2006/716 T: 15.11.2006

MİRASÇILIK BELGELERİ • ÇEKİŞMESİZ YARGI • KESİN HÜKÜM
• YARGILAMANIN YENİLENMESİ*

(HUMK m. 445)

Özet: Mirasçılık belgeleri çekişmesiz yargı sonunda alınan kararlardır. Bu tür kararlar maddi hukuk açısından kesin hüküm değildirler. Zira, böyle bir belgenin aksi her zaman iddia ve ispat olunabilir.

Çekişmesiz yargı yöntemiyle alınmış mirasçılık belgesinin, sonradan hasımlı olarak alınan yeni bir mirasçılık belgesiyle ortadan kaldırılması durumunda, yargılamanın yenilenmesini isteme olanağı vardır.

Taraflar arasındaki "**Yargılamanın Yenilenmesi**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Çatalca 2. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 17.2.2004 gün ve 244-42 sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 8. Hukuk Dairesininin 24.1.2005 gün ve 8807-308 sayılı ilamı ile,

(...Davacılar vekili, vekil edenlerinin miras bırakanı Hayriye'den kalan dava konusu 166, 422, 423, 439 ve 477 parsellerin miras payları oranında tapu kayıtlarının iptal ve tescili için daha önce açtıkları ve retle sonuçlanan Çatalca 2. Asliye Hukuk Mahkemesininin 09.07.1999 gün 1996/304 esas 1999/324 Karar Sayılı kesinleşmiş hükmününün yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılmasına karar verilmesini istemiş, dava tarihinden önce kayıt maliki Fahri'nin mirasçılara karşı açılan ikinci dava dosyası bu dosyayla birleştirilerek yargılama yürütülmüş ve sona erdirilmiştir.

Davalılar vekili, aynı taşınmazlar hakkında davacıların daha önce Çatalca 2. Asliye Hukuk Mahkemesine açtıkları davanın reddedildiğini, bu davanın da reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, yargılamanın yenilenmesi nedenleri bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine, 166, 422, 423 ve 439 parsellerin tespitlerinin kesinleştiği tarihten bu dosya ile birleştirilen tapu iptali ve tescil davasına ilişkin 2001/290 esas nolu dava dosyasının açıldığı tarihe kadar on yıllık bak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle reddine, tapu iptali ve tes-

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

cil davası ile 477 parsel hakkındaki dava dosyasının ayrılmasına, ayrı esasa kaydına karar verilmesi üzerine; hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Tapu kayıtlarına göre, dava konusu 166, 422, 423 ve 477 parseller davalılar adına hükmen, 439 parsel de ortak miras bırakan Ali adına kadastro yoluyla tespit ve tescil edilmişlerdir.

Davacılar vekili, dava konusu taşınmazın vekil edeninin yakın miras bırakanı Hayriye'ye atalarından intikal ettiğini, vekil edenlerinin mirasçılık sıfatı gizlenmek suretiyle davalılar adına tescil edildiğini, taşınmazlar Hayriye'den kalan yerlerden olmasa bile, Hayriye'nin ortak miras bırakan Mustafa oğlu Ali'nin eşi olması nedeniyle miras payının bulunduğunu, miras payları oranında iptal ve tescile karar verilmesini iddia etmiştir.

Davacıların aynı parseller hakkında daha önce açtıkları tapu iptali ve tescil davası, yukarıda tarih ve sayısı yazılı hükümle reddedilmiştir. Esas numarası anılan dava dosyasında dava konusu parsellerin ortak miras bırakan Mustafa oğlu Ali'den kaldığı, Çatalca Sulh Hukuk Mahkemesinin 1981/417-666 esas ve karar sayılı mirasçılık belgesinde; taşınmazın maliki Ali'nin mirasçılarının davalılardan ibaret bulunduğunun belirlenmesi karşısında davanın reddine karar verilmiş, davacıların temyizi üzerine Yargıtay 8. Hukuk Dairesince onanarak karar düzeltme isteğine başvurulmaksızın hüküm kesinleşmiştir. Davacıların daha sonra hasımlı olarak Çatalca Sulh Hukuk Mahkemesine açmış oldukları mirasçılık belgesinin iptali ve yeni belgenin verilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda, 26.10.2001 gün, 555/768 esas ve karar sayılı hükümle yukarıda tarih ve sayısı yazılı mirasçılık belgesinin iptaline, Mustafa oğlu Ali'nin mirasçılarının belirlenmesine karar verilmiştir. Yeni mirasçılık belgesinde davacıların da mirasçı oldukları belirlenmiş ve bu hüküm 22.02.2002 tarihinde kesinleşmiştir.

Davacılar, görülmekte olan davada elde ettikleri yeni mirasçılık belgesine dayanarak yargılamanın yenilenmesi isteğinde bulunmuşlardır. Yargılamanın yenilenmesi sebepleri HUMK'un 445. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. Ancak, anılan maddede yazılan nedenlerin bulunması halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir. Bu maddenin 3. bendinde "Hükme esas ittihaz olunan bir ilam hükmü fesih ve nakzolunarak kaziyei muhkeme teşkil etmek suretiyle külliyyen mürtefi olması" yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmiştir. Mirasçılık belgesinin alınması çekişmesiz yargı sonunda verilen bir karardır. Çekişmesiz yargıya ilişkin kararlar şeklen kesinleşmiş olsalar bile, maddi hukuk açısından kesin hüküm teşkil etmezler. Bu nedendir ki; bu tür belgelerin gerçeğe aykırı olarak alınmış olması halinde istek üzerine mahkemece tekrar değiştirilebilirler ve yeni bir mirasçılık belgesi verilebilir. Başka bir anlatımla; böyle bir belgenin aksi her zaman iddia ve ispat edilebilir. Yukarıda da açıklandığı üzere, çekişmesiz yargı sonucu alınan kararlar maddi anlamda kesin hü-

küm oluşturmazlar. Somut olayda; davacılar, mirasçılık sıfatlarının gizlenmiş olması karşısında hasımlı olarak aldıkları ikinci mirasçılık belgesi ile Mustafa oğlu Ali'nin mirasçıları olduklarını kanıtlamış ve belgelendirmişlerdir. Daha önce açılan davada nazara alınan mirasçılık belgesi kesinleşen yeni bir hükümle ortadan kaldırılmıştır. Bu hüküm HUMK'un 445/3. fıkrasında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Böyle bir hükme dayanılarak yargılamanın yenilenmesi isteğinde bulunulması mümkündür. Mahkemece görülmekte olan davanın açıldığı tarihte yeni tarihli mirasçılık belgesinin elde edilmediği, daha önce açılan ve retle sonuçlanan davada, taşınmazların miras bırakanın annesi Hayriye'den kaldığı, bu davada da ortak miras bırakan Mustafa oğlu Ali'den kaldığı yönünden davacıların çelişik iddiada buldukları, bu nedenle edinme sebepleri farklı olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılması istenen davada davacılar taşınmazın miras bırakanın Hayriye'den kaldığını, Hayriye'den kalan yerler olmasa bile Mustafa oğlu Ali'nin eşi olması nedeniyle miras payı ve hakkının bulunduğunu ileri sürmüşler, görülmekte olan davanın açıldığı tarihte ikinci mirasçılık belgesinin alınması için dava açmış olmaları karşısında mahkemenin ret gerekçesine katılmak mümkün değildir. Yargılamanın yenilenmesi isteği mesmu görüldüğü takdirde iddia ve savunma çerçevesinde taraf delillerinin toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmuş olmasında bir isabet görülmemiştir....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği 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.

SONUÇ: Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 15.11.2006 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Davacılar NB ve altı arkadaşı tarafından 14.8.2000 tarihinde yargılamanın yenilenmesi ve tapu iptali ve tescil istekli olarak açılan davada davacılar dava konusu 166, 422, 423, 439 ve 477 nolu parsellerin kök miras bırakan Balkan harbinde öldüğü söylenen Mustafa oğlu Ali'den kaldığını, ne var ki, arazi kadastro sırasında bu yerlerin miras bırakan Mustafa oğlu Ali adına tespitinin yapıldığı, ancak, 166 nolu parsel Hazinenin uygulanan vergi kaydının bu yere uymaması nedeniyle itiraz ettiği, 422, 423 ve 477 nolu parsellere de, köy tüzel kişiliğinin mera olduğundan bahisle itirazda bulunduğu, Kadastro Mahkemesine her parsel için ayrı ayrı açılan davaların redle sonuçlandığını, Kadastro Mahkemesine sunulan 1981/417-666 esas ve karar sayılı veraset belgesi dikkate alınarak mirasçılar FU ve FD adlarına tescillerine karar verildiği 166 nolu parselin 27.6.1991 tarihinde hükmen, 477 parselin 14.11.1991 tarihinde hükmen, 422 ve 423 nolu parsellerin 5.7.1989 tarihinde hükme kesinleştikleri, dava konusu 439 nolu parselin tespitine itiraz olmadığı için 19.2.1980 tarihinde kesinleştiği, davacıların aynı taşınmazlar için 13.02.1991 tarihinde 1991/42 esasta kayıtlı dosya ile aynı hukuksal sebebe tutunarak fakat bu yerlerin kök miras bırakan Mustafa oğlu Ali'den değil de, Ali eşi Hayriye'den kaldığını ve Hayriye'ye de kendi ceddinden intikal ettiğini ileri sürerek payları oranında iptal ve teşci davası açıldığını, önce görülen 1991/42 esasta kayıtlı mahkemede verilen ilk kararlar davanın kabulüne, payları oranında davacılar adına tesciline karar verilmiştir. Temyiz edilmekle Yargıtay 8. Hukuk Dairesince araştırma bozması yapılmıştır. Yerel mahkeme bozmaya uymuştur. Bundan sonra, mahalli mahkeme dava konusu taşınmazların iddia edildiği üzere davacıların murisi Hayriye'den değil de, kök miras bırakan Mustafa oğlu Ali'den kaldığını belirleyerek davanın reddine karar vermiştir. Bu karar Yargıtay 8. Hukuk Dairesince 27.1.2000 tarihli ilamıyla açıklama getirilerek nizalı taşınmazların kök muris Mustafa oğlu Ali'den kaldığı ve davacıların ketmi verese hukuksal sebebi nedeniyle hasımlı olarak alacakları veraset ilamıyla önceki veraset belgesini iptal ettirerek yeni bir mirasçılık belgesi almaları gerektiğine değinilmiştir. Eldeki yargılamanın iadesi istemli dava Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin açıklama onama ilamından hareketle açılmıştır.

Davacılar, kök muris Mustafa oğlu Ali'nin dul kalan eşi Hayriye'nin 2. evliliğini yaptığı Mehmet Avcı'dan olma çocukları ve torunlarıdır. Davalılar ise Hayriye'nin ilk kocası Mustafa oğlu Ali'den olma torunlarıdır. İlk davadaki ve son davadaki hukuki sebep *ketmi veresedir*. İlk davadaki iddia bu taşınmazların Hayriye'den kaldığı ve Hayriye'ye de kendi ceddinden intikal ettiği'dir. İkinci davadaki (eldeki davadaki) iddia ise kök murisi Mustafa oğlu Ali'den kaldığıdır ve iddianın değiştirilmesine muvafakat edilmemiştir.

Mahalli mahkeme, yargılamanın iadesi istemli davanın reddine karar vermiştir. Temyiz edilmekle Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin çoğunluk görüşü kararıyla ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur, Yerel mahkeme azınlık görüşünün kendi düşüncesine uygun olduğunu belirlemekle önceki kararda ısrar etmiştir.

Toplanan deliller tüm dosya içeriğinden;

HUMK'un 445/3. maddesine tutunularak yargılamanın iadesi isteminde bulunulmuştur. Hemen belirtmek gerekir ki, Kadastro Mahkemesi'nde karara esas alınan Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1981/417-666 esas ve karar sayılı veraset belgesi hasımsızdır. Bir başka anlatımla hasımsız veraset belgesiz aksi sabit olun-

caya kadar geçerli bir belgedir. Mahkeme ilamı değildir. HUMK.nun 392/sor cümlesi gereğince böyle bir karara ilam vasfının verilebilmesi için "kararda iki tarafın bulunması" gerekir. Öte yandan Prof. Dr. Baki Kuru Hukuk Muhakemeleri Usulü Kitabının 2001 baskısının 3. cildinin 3150. sayfasında "ilam kavramı yalnız çekişmeli yargıya ait bir terimdir. Buna karşılık ilam kavramı çekişmesiz yargıya yabancıdır. Örnek, aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğu belirtilmek suretiyle verilen mirasçılık belgesi klasik anlamda bir ilam değildir. İlam kavramı, yalnız çekişmeli yargıya ait bir terim olup, çekişmesiz yargıya yabancıdır. Her zaman aksi, iddia ve ispat edilebilir. Yapılan işlemi tam bir dava olarak nitelemek yerinde olmaz. Nizasız kaza yolu ile anılan kararlar hiçbir zaman maddi anlamda kesin karar niteliği taşımaz." şeklinde açıklama getirmiştir. Bu durumda, iptali istenen ve Kadastro Mahkemesi kararlarında esas alınan Sulh Hukuk Mahkemesinin 1981/417-666 esas ve karar sayılı hasımsız veraset belgesi ilam değildir. Öyle ise, HUMK'un 445/3. maddesi gereğince hasımlı olarak alınan veraset ilamıyla iptale konu olan veraset belgesi ilam olmayacağından ortada HUMK'un 445/3. maddesi uyarınca aranan koşul gerçekleşmemiştir. Öyle ise, böyle bir davanın görülebilme olanağı yoktur. Öte yandan HUMK'un 447. maddesi gereğince üç aylık yasal sürede geçmiştir. Bu süre mahkeme tarafından kendiliğinden re'sen dikkate alınması gereken süredir. Sürelere mahkemeler uymak zorundadır. Aksi taktirde davalının sonucu alınmaz ve kesin hüküm ortaya çıkmaz. Taraflar arasında 1991/42 esasta kayıtlı önce görülen ve yargı denetiminden geçen dosya içerisinde davalılar (adlarına tescil yapılan kişiler) vekilleri cevap dilekçesiyle ve daha sonraki aşamalarda verdikleri dilekçelerle, davacılar ketmi verese nedeniyle kendilerinin saklandığını ileri sürüyorlarsa Kadastro Mahkemesindeki hasımsız veraset belgesini hasımlı olarak alacakları ilamla iptal ettirerek mirasçılık belgesi almaları gerektiğini açıklıkla dile getirmişler ve yerel mahkeme hakimine bu konuda davacılar keskin önem verilmesi gerektiği yönünde uyarıda bulunmuşlardır. Hal böyle olmasına karşın ilk dava 10 yıl kadar devam etmekle gerek mahalli mahkeme hakimi, gerekse davacılar bu konuda dava açmamışlardır. Öyle ise, kendilerinin ketmediğini, 1991/42 esasta kayıtlı önceki davanın yargılaması sırasında öğrenmişlerdir. Nitekim, kendileri de önceki davaya Sulh Hukuk Mahkemesinin 1991/154-180 esas ve karar sayılı hasımsız veraset belgesi ile mirasçı olduklarını belirlemişlerdir. Öyle ise, kendilerinin alıp sundukları hasımsız veraset belgesi ve davalıların mahkemeye verdikleri cevap dilekçeleri ile bu durumu öğrendiklerinden HUMK'un 447. maddesindeki üç aylık süreleri de kaçırmışlardır. Her iki halde de yargılamanın yenilenmesi isteğinin dinlenme olanağı kalmamıştır.

Bu durumda mahalli mahkemenin direnme kararı doğrudur. Ne var ki, HGK'nın çoğunluğu tarafından yerel mahkeme kararının bozulmasına ilişkin olarak tecelli eden görüşlerine katılmam mümkün olmamıştır. Açıkladığım nedenlerle mahalli mahkeme kararının onanması gerektiği düşüncesindeyim.

S. ALTINGÖZ

Üye

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2007/10-24 K: 2007/33 T: 24.01.2007****İŞ HUKUKU • İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIK • 506 SAYILI YASA
KAPSAMINDA ZORUNLU SİGORTALILIĞIN BULUNMASI KOŞULU**

(506 SK m. 85)

Özet: İsteğe bağlı sigortalılık sistemi öncesinde Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında sigortalı olan davacının 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre tescili bulunmadığı anlaşıldığından, anılan kanunun 85. maddesi kapsamında isteğe bağlı sigortalı olarak kabulünde olanak bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki "İptal-Tespit" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin 1. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 19.07.2005 gün ve 237-713 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 02.02.2006 gün ve 12423-659 sayılı ilamı ile;

(...Dava; davacının, 2925 Sayılı Yasaya tabi tescilinin esas alınmak suretiyle, 23.03.1998 tarihli talebine istinaden kurum tarafından isteğe bağlı sigortalılığının kabul edilmesi nedeniyle, 01.04.1998-01.12.2003 dönemindeki isteğe bağlı prim ödemelerinin geçerli olduğunun tespiti ile aksine' kurum işleminin iptali istemine ilişkin olup; mahkemece, primlerin süresinde kuruma yatırılmış olması nedeniyle isteğin kabulüne karar verilmiştir.

2925 Sayılı Yasanın 2. maddesine göre süreksiz olarak tarım işlerinde hizmet akdiyle çalışanlar, istekte bulunmaları kaydıyla bu kanuna göre sigortalı sayıldıklarından, esasen kendileri (bizatihi) özde bir nevi isteğe bağlı sigortalı niteliği taşımaktadırlar. O nedenle de anılan yasada ayrıca 506 Sayılı Yasanın 85. maddesine benzer bir sigortalılık sistemi bulunmadığı gibi, her bir yasanın kapsamı, kendi içinde sınırlı olup, birbirine atıfta bulunmadıkça diğer yasadaki hükümlerin o yasa çerçevesinde uygulanma olanağı bulunmadığı açıktır.

Nitekim 2925 Sayılı Yasanın 39. maddesi de, bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, 506 Sayılı Yasanın uygulanması olası maddelerini sayarken, çekişme konusu isteğe bağlı sigortalılığı hüküm altına alan 85. maddeye temas etmediği görülmektedir. O nedendir ki olayda 506 Sayılı Yasanın 85. maddesinin uygulanma yeri yoktur. Belirtmek gerekirse,

(*) Gönderen: Av. Hülki ÖZEL, Mersin Barosu

Dairemizce de benimsenen Hukuk Genel Kurulu'nun 10.11.2004 tarih ve 2004/21-516 Esas ve 2004/593 sayılı kararı içeriği de bu doğrultudadır.

506 Sayılı Kanunun 85. maddesinin 4842 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki yürürlükte bulunan hükmüne göre; malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalılığına isteğe bağlı olarak devam edilebilmesi için gerekli yasal koşullardan biri de müracaat tarihinden önce 506 Sayılı Kanuna göre tescil edilmiş olmaktır. Anılan maddenin açık hükmü karşısında 2925 Sayılı Yasaya göre yapılan ve davaya konu edilen tescil, 506 Sayılı Kanuna göre tescil edilmiş olmak şartını gerçekleştirmediğinden, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirme ile yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacının, 1995-1996 yılları arasında 2925 Sayılı Kanun kapsamında tarım sigortalısı olduğu, 506 Sayılı Kanuna göre tescili yapılmadan, 01.04.1998 tarihinden itibaren isteğe bağlı sigortalılığa kabul edildiği uyuşmazlık konusu değildir.

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık; 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında sigortalı olup, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre tescili bulunmayan davacının, anılan kanunun 85. maddesi kapsamında isteğe bağlı sigortalılığına geçerlilik tanınması noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere ülkemizde çalışanlar, sosyal güvenlikleri yönünden çeşitli sosyal güvenlik kuruluşları kapsamına alınmış ve her güvenlik kuruluşu, kapsam ve koşullarını belirlemiştir. Sosyal güvenliğin sağlanması yönünden, iradi sistem değil, belli koşulların oluşumuna bağlı olarak zorunlu sistem öngörülmüştür.

Bunun sonucu, kamusal statüde, kamuda çalışanlar, temelde T.C. Emekli Sandığı bünyesinde yer alırken; bağımsız olarak, tarımsal faaliyet dışı kendi adına kazanç sağlayan işte çalışanlar Bağ-Kur, hizmet akdine tabi çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu, tarımsal alanda kendi adlarına çalışanlar Bağ-Kur kapsamında yer almışlardır.

Kapsamda bulunan sigortalıların zorunlu sigortalılıkları yanında, isteğe bağlı sigortalılıkları öngörülmüş ve tüm sigortalılar kendi tabi oldukları Kanun çerçevesinde korunma altına alınmışlardır.

Nitekim, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 2. maddesinde, kimlerin kanun kapsamında olduğu açıkça ortaya konulmuş; buna göre, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar, sigortalı sayılmışlardır.

Öte yandan, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 Sayılı Kanununun 85. maddesinde; bir kimsenin malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına isteğe bağlı devam edebilmesi için, diğer koşulların yanında, başvuru tarihinden önce 506 Sayılı Kanuna göre Sosyal Sigortalar Kurumuna zorunlu sigortalı olarak tescilli öngörülmüştür.

Bu noktada tescilden amaç, az yukarıda açıklanan, 506 Sayılı Kanununun 2. maddesinde belirtildiği biçimde zorunlu sigortalılık statüsünün önceden gerçekleşmiş bulunmasıdır. Zorunlu sigortalılığın oluşabilmesi için, Kanunun gerekli gördüğü biçimde bir sigortalılık statüsünün meydana gelmiş olması gereklidir.

Şu hale göre, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa tabi sigortalılar ile, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi sigortalılar, kendi tabi oldukları Kanun çerçevesinde korunma altına alındıklarından; 2925 Sayılı Kanuna göre tescil edilme işleminin, 506 Sayılı Kanun açısından da, aynı tür tescil işlemi olarak kabul edilmesine olanak bulunmaktadır.

Esasen, 2925 Sayılı Kanununun 39. maddesinde, anılan Kanunda hüküm bulunmayan hallerde uygulanacak 506 Sayılı Kanunun maddeleri arasında, isteğe bağlı sigortalılığın koşullarını düzenleyen 85. maddesi gösterilmemiştir.

Bu itibarla, 2925 Sayılı Kanun gereğince sigortalı olanların, 506 Sayılı Kanununun 85. maddesinin öngördüğü koşullara sahip bulunmadığı açıktır.

Nitekim, Hukuk Genel Kurulu'nun 10.11.2004 gün, E: 2004/21-516, K: 593, 08.06.2005 gün, E: 2005/21-323, K: 374, 31.5.2006 gün, E: 2006/10-287, K: 336 ve 27.09.2006 gün, E: 2006/10-554, K: 202 sayılı kararlarında da aynı ilke benimsenmiştir.

Tüm açıklamalar çerçevesinde somut durum değerlendirildiğinde; isteğe bağlı sigortalılık öncesinde 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında sigortalı olan davacının, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre tescilli bulunmadığı anlaşıldığından, anılan kanunun 85. maddesi kapsamında isteğe bağlı sigortalı olarak kabulüne olanak yoktur.

Hal böyle olunca, Yerel Mahkemece, aynı yöne işaret eden ve 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 ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 24.01.2007 gününde, oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/21-73 K: 2007/71 T: 14.2.2007

**TARIM BAĞ-KUR SİGORTALISI • ZORUNLU SİGORTALILIK
• TARIM BAĞ-KUR SİGORTALILIĞININ SONA ERMESİ***

Özet: Tarım Bağ-Kur sigortalısı olan davacının, kuruma terk dilekçesi vermemesi ancak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi zorunlu sigortalı olarak çalışmaya başlaması ve bu sigortalılığının da uzunca bir süre devam etmesi yanında zorunlu sigortalılığın başladığı tarihte Tarım Bağ-Kur sigortalılığının sona erdiği kabul edilmelidir.

Taraflar arasındaki "**Zorunlu Tarım Bağ-Kur Sigortalılığının Tespiti**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Tokat İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 29.11.2005 gün ve 2004/2153 E. 1897 K. sayılı kararın incelenmesi davalı ve dahili davalı vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21.Hukuk Dairesinin 27.3.2006 gün ve 2005/14323 E. 2801 K. sayılı ilamı ile,

(...1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçeleri sebeplere göre davalı SSK'nın tüm davalı Bağ-Kur Genel Müdürlüğünün aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine.

2-Dava, davacının 01.07.1991-2004 tarihleri arasında SSK'ya tabi 15.05.1990-31.03.1993 tarihleri arasındaki zorunlu sigortalılığı dışında tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacının davalı Bağ-Kur Genel Müdürlüğünce ihtilaf çıkarılmayan 01.07.1991-30.06.1992 ve 01.05.2002-2004 tarihleri arasındaki süre ile SSK zorunlu sigortalısı olduğu 15.05.1990-11.08.1990, 01.07.1992-31.03.1993 tarihleri arasındaki süre dışında 01.04.1993-01.05.2002 tarihleri arasında tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tesbitine, tarım Bağ-Kur sigortalılığı ile çakışan 01.05.2002-30.09.2002 tarihleri arasındaki 506 Sayılı Yasaya tâbi isteğe bağlı sigortalılığının iptaline karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 2926 Sayılı Yasada 506 Sayılı Yasanın 79. maddesine koşut geçmiş tarım Bağ-Kur hizmetlerinin tesbitine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. 2926 Sayılı Yasa'nın 7. maddesi hükmüne göre, bu yasaya göre sigortalı sayılanlar, sigortalı sayıldıkları tarihten itibaren en geç üç ay içinde Kuruma başvurarak kayıt ve tescillerini

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

yaptırmak zorundadırlar. "Anılan Yasanın 5. maddesi ile 7. madde de belirtilen süre içinde kayıt ve tescillerini yaptırmayan sigortalıların hak ve yükümlülüklerinin kayıt ve tescil edildikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren başlayacağı hükmü getirilmiştir. 2926 Sayılı Yasanın 2 ve 3. maddeleri kapsamında, kendi nam ve hesabına tarımsal faaliyette bulunanlardan yasanın uygulanma tarihinde 50 yaşını dolduran kadınlarla, 55 yaşını dolduran erkekler dışındakiler bakımından tarım Bağ-Kur sigortalılığı zorunlu sigortalılık niteliğinde bulunmaktadır. Başka bir ifade ile sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçip kaçınmak mümkün değildir. Diğer yandan resen tescil başlığını taşıyan 9. maddeye göre bu yasa kapsamında sigortalı sayılanların sigortalılıklarının başladığı tarihten itibaren 3 ay içinde "Kurum'a kayıt ve tescilini yaptırmayanların tescil işlemlerinin Kurum'ca re'sen yapılması gerekmektedir. 2926 Sayılı Yasa'nın 36. maddesi kapsamında Kurum'un prim alacaklarını Bakanlar Kurulu Kararı ile ürün bedellerinden tevkifat suretiyle tahsil etmesi mümkündür. Bu bağlamda 2. madde kapsamına girenlerin belirtilen şekilde prim borçlarının ürün bedellerinden tevkifat suretiyle kesilerek Bağ-Kur'a ödenmesi halinde kayıt ve tescil için kuruma başvuru olmasa dahi bahse konu biçimde prim ödenmesi suretiyle kayıt ve tescil konusundaki iradelerini ortaya koydukları tartışmasızdır. Bağ-Kur'un iş bu prim ödenmesine rağmen, sigortalıyı re'sen kayıt ve tescil etmemesi yasanın kendisine yüklediği re'sen tescil mükellefiyetine aykırılık teşkil etmektedir. 2926 Sayılı Yasanın 10. maddesine göre kayıt ve tescil işlemlerinde Valilik, Kaymakamlık, Özel İdare, Belediye, Muhtarlık ve Nüfus İdareleri kayıtları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının, kanunla kurulu meslek kuruluşlarının, tarım satış kooperatifleri kanununa göre kurulan pancar ekicileri istihsal kooperatifleri ile Birliği, T. Şeker Fabrikaları Anonim Şirketi ve tarım kesimine yönelik faaliyette bulunan milli bankaların kayıtlarının esas alınacağı bildirilmiştir. Bu kayıtların tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışmanın yasal karinesi olduğu ortadadır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının 01.07.1991 tarihinde davalı Bağ-Kur Genel Müdürlüğüne re'sen tarım Bağ-Kur sigortalısı olarak tescil edildiği ve davalı Kurumca 01.07.1991 tarihi ile davacının terk dilekçesi verdiği 30.06.1992 tarihi arasında ve prim ödediği 01.05.2002-2004 tarihleri arasında tarım Bağ-Kur sigortalısı olarak kabul edildiği, davacının istem döneminde 01.07.1992-31.03.1993 tarihleri arasında SSK zorunlu sigortalısı, 01.05.2002-30.09.2002 tarihleri arasında 506 Sayılı Yasaya tabi isteğe bağlı sigortalı olduğu, tapuda üzerine kayıtlı ziraî arazisinin bulunduğu, muhtarlıkça tanzim edilen belgeden 20 yıldır havancılık ve çiftçilik yaptığının anlaşıldığı, Tekel İdaresine sattığı ürün bedellerinden tevkifat yoluyla 25.04.1996, 27.03.1997, 14.05.1998, 07.05.1999, 06.06.2000, 28.05.2001 ve 17.04.2002 tarihlerinde Bağ-Kur prim kesintisi yapıldığı anlaşılmaktadır.

Mahkemece davacının 30.06.1992 tarihinde tarım Bağ-Kur terk dilekçesi verdikten sonra ürün bedellerinden prim kesintisi yapıldığı,

01.01.1996-01.05.2002 tarihleri arasında tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine ilişkin karar yerinde ise de terk bildiriminden sonra davalı Kurumca yeni bir tescil işlemi yapılmadığı gibi ürün bedellerinden de kesintinin yapıldığına ilişkin belgenin bulunmadığı 01.04.1993-31.12.1995 tarihleri arasında tarım Bağ-Kur sigortalılığının kabulü ile tespit kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Bağ-Kur Genel Müdürlüğünün bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır..) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı ve dahili davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle; 2926 Sayılı Kanun'un 6. maddesi gereğince davacının 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununa tabi sigortalılığının, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tâbi zorunlu sigortalı olarak 01.07.1992 tarihinde çalışmaya başlaması nedeniyle, 30.06.1992 tarihi itibarıyla son bulmasına, dosyada davacının terk dilekçesi verdiğine ilişkin bir bilgi ya da belge olmamakla birlikte, sigortalının terk dilekçesi verip vermemesinin sonuca etkili olmamasına, davacının sigortalı olduğu sürenin (230 gün) makul süreyi aşmış bulunmasına, 1.4.1993 ila 31.12.1995 tarihleri arasındaki dönemde re'sen tescili gerektiğinden herhangi bir bilgi yada belgenin de bulunmamış olmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı ve dahili davalı vekilleri temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA** 14.2.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU
E: 2007/2-144 K: 2007/156 T: 21.03.2007

**AİLE HUKUKU • KOCANIN SADAKATSİZ DAVRANIŞLARI • DİĞER
EŞİN ALKOLİK OLMASI • KOCANIN AĞIR KUSURU • BASKIN KUSUR
• MANEVİ GİDERİM**

Özet: Eşini başka kadınlarla aldatarak sadakatsiz davranışlarda bulunan kocanın, alkolik eşine oranla daha kusurlu olduğu kabul edilmeli ve eş lehine manevi tazminata hükmedilmelidir.

Taraflar arasındaki "**Boşanma**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy 1. Aile Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 16.3.2005 gün ve 2003/1054 E., 2005/222 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 7.11.2005 gün ve 2005/12862 E., 2005/15091 K. sayılı ilamı ile

(...1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre sair temyiz itirazları yersizdir.

2- Boşanmaya neden olan hadiselerde taraflar eşit kusurludur. Eşit kusurlu davacı eş (kadın) yararına manevi tazminat takdiri isabetsizdir.

3- Davacı eş (kadın) fizyoterapist olarak çalışmakta olup, düzenli bir gelire sahiptir. Kadın için tedbir nafakası takdiri doğru görülmemiştir. (TMK m. 169, 185, 186...) gerekçesiyle manevi tazminat ve tedbir nafakası yönünden bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece manevi tazminat yönünden önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava boşanma, nafaka ve manevi tazminat isteğine ilişkindir.

Davacı ŞÖG vekili davalının yabancı uyruklu başka kadınlar ile ilişkisi olduğunu, çocuğunun ve eşinin nafakasını bu kadınlara yedirmeye başladığını, evine ait tüm giderleri davacının sırtına yüklediğini ileri sürerek tarafların boşanmalarına, aylık 1.500.000.000 TL yoksulluk nafakasına, müşterek çocuk için aylık 1.000.000.000 TL iştirak nafakasına, boşanmaya davalının onur kırıcı davranışları ve kusuru neden olduğundan

150.000.000.000 TL manevi tazminatın davacıya ödenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı AG vekili cevap dilekçesinde, davacı eşin evhamlı ve şüpheli davranmasının ve davalıya bu isnatlarda bulunmasındaki en büyük sebebinin alkol olduğunu, davacı eşin alkolik olup tedavi gördüğünü, davacının bu rahatsızlığı sebebiyle davalının ve çocuğunun hayatının zehir olduğunu, evlilik birliğinin bu noktaya gelmesinde davalının kusuru olmadığını, kusurun tamamen davacı eşi ait olduğunu bu nedenle davanın reddine, müşterek çocuğun velayetinin babaya verilmesine 30.000.000.000 TL maddi ve 50.000.000.000 TL manevi tazminat ile 1.000.000.000 TL tedbir nafakasına hükmedilmesine, boşanma halinde tedbir nafakasının yoksulluk nafakası olarak devamına karar verilmesini cevaben bildirilmiştir.

Mahkemenin, *"Dosyaya sunulan resimle ve kayıtlarla davacı tanıklarının anlatımlarından, davalının sık sık yurtdışına gitmesi nedeniyle başka kadınlarla birlikte olduğu ve bu kadınları Türkiye'ye de zaman zaman geldikleri, davalının eylemlerinin davacı açısından çekilmez olup, onur kırıcı olduğu gibi, sadakatsizlik oluşturduğu görülmüştür"* gerekçesi ile tarafların boşanmalarına, 125.000 YTL. manevi tazminatın davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, müşterek çocuk A'nın velayetinin anneye bırakılmasına, küçük için aylık 750 YTL nafakanın davalı babadan alınarak davacı anneye verilmesine, davacı için aylık 750 YTL tedbir nafakasına hükmedilmesine, davacı çalışıyor olması nedeniyle yoksulluk nafakasına dönüştürülmesine yer olmadığına, dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda belirtilen nedenlerle bozulmuş, mahkemece *"Davalının davacıyı başka kadınlar ile aldattığı ve sadakatsiz davrandığı bu durumda her iki eşin eşit kusurlu olduğunun kabulünün mümkün bulunmadığı, davalı A daha ağır kusurlu olduğu bu nedenle manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır"* gerekçesi ile manevi tazminat yönünden önceki kararda direnilmiştir.

Uyuşmazlık, tarafların eşit kusurlu olup olmadıkları noktasındadır.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, direnme kararı usul ve yasaya uygundur.

Ne var ki Özel Dairece, bozmaya uyularak verilen tedbir nafakasına yönelik yeni hüküm ve manevi tazminat miktarı incelenmemiştir.

O halde, yeni hüküm ve sair hususlara yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daire'ye gönderilmelidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun olup, işin esasına ve yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **2. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE**, oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2007/21-172 K: 2007/177 T: 28. 3. 2007****İŞ HUKUKU • TARIM BAĞ-KUR SİGORTASI • ZİRAAT ODASI VE
MUHTAR KAYDI • BAĞ-KURLULUK KARİNESİ***

Özet: Tarım Bağ-Kur'luluğun kanıtlanması yönünden zirai kuruluşların kayıtlarının karine olarak kabul edileceği yerleşik yargıtay uygulamasıdır. Dava konusu somut olayda davacının tarımsal faaliyette bulunduğu Ziraat Odası ve muhtar kaydı ile belgindir. Bu karinelerin aksi ise kanıtlanmış değildir. Bu nedenle söz konusu kayıtlar değerlendirilerek davacının Bağ-Kur'luluğu tespit edilmelidir.

Taraflar arasındaki "**İptal-Tespit**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Trabzon İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 02.05.2006 gün ve 2005/174 E- 2006/210 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 09.10.2006 gün ve 2006/7971-9675 sayılı ilamı ile;

(...1-Dosyadaki yazılara toplanan delillere hükmün dayandığı kanunî gerektirici nedenlere göre davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine,

2-Davacının temyiz itirazlarına gelince;

Dava, davacının ilk tevkifat kesintisinin yapıldığı tarih ile 01.08.2002 tarihleri arasında tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespiti istemine ilişkindir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 2926 Sayılı Yasada 506 Sayılı Yasanın 79. maddesine koşut geçmiş tarım Bağ-Kur hizmetlerinin tespitine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. 2926 Sayılı Yasanın 7. maddesi hükmüne göre, bu yasaya göre sigortalı sayılanlar, sigortalı sayıldıkları tarihten itibaren en geç üç ay içinde Kuruma başvurarak kayıt ve tescillerini yaptırmak zorundadırlar. Anılan Yasanın 5. maddesi ile 7. madde de belirtilen süre içinde kayıt ve tescillerini yaptırmayan sigortalıların hak ve yükümlülüklerinin kayıt ve tescil edildikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren başlayacağı hükmü getirilmiştir. 2926 Sayılı Yasanın 2 ve 3. maddeleri kapsamında, kendi nam ve hesabına tarımsal faaliyette bulunanlardan yasanın uygulanma tarihinde 50 yaşını dolduran kadınlarla, 55 yaşını dolduran erkekler dışındakiler bakımından tarım Bağ-Kur sigortalılığı

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

zorunlu sigortalılık niteliğinde bulunmaktadır. Başka bir ifade ile sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçip kaçınmak mümkün değildir. Diğer yandan resen tescil başlığını taşıyan 9. maddeye göre bu yasa kapsamında sigortalı sayılanların sigortalılıklarının başladığı tarihten itibaren 3 ay içinde Kuruma kayıt ve tescilini yaptırmayanların tescil işlemlerinin Kurumca re'sen yapılması gerekmektedir. 2926 Sayılı Yasanın 36. maddesi kapsamında Kurumun prim alacaklarını Bakanlar Kurulu Kararı ile ürün bedellerinden tevkifat suretiyle tahsil etmesi mümkündür. Bu bağlamda 2. madde kapsamına girenlerin belirtilen şekilde prim borçlarının ürün bedellerinden tevkifat suretiyle kesilerek Bağ-Kur'a ödenmesi halinde kayıt ve tescil için kuruma başvuru olmasa dahi bahse konu biçim de prim ödenmesi suretiyle kayıt ve tescil konusundaki iradelerini ortaya koydukları tartışmasızdır. Bağ-Kur'un iş bu prim ödenmesine rağmen, sigortalıyı re'sen kayıt ve tescil etmemesi yasanın kendisine yüklediği re'sen tescil mükellefiyetine aykırılık teşkil etmektedir. 2926 Sayılı Yasanın 10. maddesine göre kayıt ve tescil işlemlerinde Valilik, Kaymakamlık, Özel İdare, Belediye, Muhtarlık ve Nüfus İdareleri kayıtları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının, kanunla kurulu meslek kuruluşlarının, tarım satış kooperatifler kanununa göre kurulan Pancar Ekicileri İstihsal Kooperatifleri ile Birliği, T. Şeker Fabrikaları Anonim Şirketi ve tarım kesimine yönelik faaliyette bulunan milli bankaların kayıtlarının esas alınacağı bildirilmiştir. Bu kayıtların tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışmanın yasal karinesi olduğu ortadadır.

Yapılan incelemede, davacının 01.08.2002 tarihi itibarıyla tarım Bağ-Kur sigortalısı olarak tescil edildiği, ilk tevkifat kesintisinin 01.06.1994 olduğu, ilk tevkifat kesintisi tarihinden sonra 1994 yılı ürünün bedelinden 31.10.1995 tarihinde, 1997 yılı ürün bedelinden 01.06.1998 tarihinde 1999 yılı ürün bedelinden 01.05.2000 tarihinde 2000 yılı ürün bedelinden 01.05.2001 tarihinde 2001 yılı ürünün bedelinden 01.08.2001 tarihinde Bağ-Kur prim kesintisi yapıldığı, ziraat odası kaydının 01.09.1994 yılından itibaren devam ettiği, 1160 m2 tarlası bulunduğu görülmektedir.

Mahkemece tesis edilen sigortalılık başlangıcının 01.07.1994 olarak kabulü ile 1.7.1994-31.10.1995 ve 01.06.1998 ile 01.08.2002 tarihleri arasında davacının tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine ilişkin hüküm yerinde ise de, Ziraat oda kaydının 1994 yılından beri devam ettiği ve tarımsal faaliyetinin çay fabrikası kartı, muhtar ilmühaberi ile kesintisiz devam ettiği halde 31.10.1995-01.06.1998 tarihleri arasındaki süreye ilişkin istemin reddine karar verilmesi usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Taraf vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

1-Davalı vekilinin ilk hükme yönelik temyiz itirazları Özel Dairece reddedilmiştir. Hüküm, bu davalı yönünden kesinleşmiş olmakla direnme kararını temyizde hukuki yararı bulunmamaktadır.

2-Davacı vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Davanın yasal dayanağını oluşturan 2926 sayılı Kanunun 2. maddesi uyarınca; Kanunla veya kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulan sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalan ve herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmaksızın 3. maddenin (b) bendinde tanımlanan tarımsal faaliyetlerde bulunanlar, bu Kanuna göre sigortalı sayılırlar. Atıfta bulunulan 3. madde ile "Tarımsal Faaliyette Bulunanlar"; "Kendi mülkünde, ortaklık veya kiralamak suretiyle başkalarının mülkünde, kamuya mahsus mahallerde ekim dikim, bakım, üretim, yetiştirme ve ıslah yollarıyla veya doğrudan doğruya tabiattan istifade etmek suretiyle bitki, orman, hayvan ve su ürünlerinin üretimini, avlanmasını, avcılar ve yetiştiriciler tarafından muhafazasını, taşınmasını sağlayanları veya bu ürünlerden sair bir şekilde faydalanmak suretiyle kendi adına ve hesabına faaliyette bulunanlar" olarak ifade edilmiş, 10. madde ile tescilde esas alınacak kayıtlar, "*sigortaluların kayıt ve tescil işlemlerinde valilik, kaymakamlık, özel idare, belediye muhtarlık ve nüfus idareleri kayıtları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının, kanunla kurulan meslek kuruluşlarının, 21.10.1935 tarih ve 2834 sayılı Kanuna göre kurulan tarım satış kooperatifleri ve birliklerinin, 18.04.1972 tarih ve 1581 sayılı Kanuna göre kurulan tarım kredi kooperatifleri ve birliklerinin, 24.04.1969 tarih ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununa göre kurulan Pancar Ekicileri İstihsal Kooperatifleri ile Birliği (Pankobirlik), Türkiye Şeker Fabrikaları Anonim Şirketi ve tarım kesimine yönelik faaliyette bulunan milli bankaların kayıtları esas alınır.*" hükmüyle ifade edilmiştir.

Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulaması ile, Tarım Bağ-Kur'luluğun kanıtlanması yönünde zirai kuruluşların kayıtları karine olarak kabul edilmektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 06.02.2002 gün ve 2002/21-69-44, 03.07.2002 gün ve 2002/21-576-584 ve 14.02.2007 gün ve 2007/21-73-71 sayılı kararları). Dava konusu olayda davacının Ziraat Odası ve muhtar kaydı ile tarımsal faaliyette bulunduğu belirgindir. Belirtilen karinelerin aksi ise kanıtlanmış değildir.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular gözetildiğinde, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararma uyulmak gere-

kirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: 1-Davalı vekilinin temyiz dilekçesinin (1). bentte açıklanan nedenlerle **REDDİNE**,

2-Davacı vekilinin temyiz itirazlarının (2). bentte açıklanan nedenlerle kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine, 28.03.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2007/12-179 K: 2007/198 T: 11.04.2007****GEÇİKMİŞ İTİRAZ • TEBLİGAT USULSÜZLÜĞÜ ŞİKAYETİ • USULSÜZ
TEBLİGAT • TEBLİĞİ ÖĞRENME TARİHİ****(İİK m. 65; Tebligat Kanunu m. 32)*

Özet: *Gecikmiş itiraz; tebligatın usulüne uygun olarak yapılmasına karşın, muhatabın bir engel nedeniyle itiraz edememiş olması halinde devreye giren özel bir itiraz yoludur.*

Tebliğin usulüne aykırı olarak yapılması durumunda ise; muhatap şikayet yoluyla usulsüz tebliği öğrendiği tarihin geçerli tebliğ tarihi olarak tespitini isteyebilir. Burada İcra Mahkemesinin yapacağı iş; muhatabın usulsüz tebliği öğrendiğini bildirdiği tarihi "tebliğ tarihi" olarak tespitine karar vermekten ibarettir.

Taraflar arasındaki "**Şikayet**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy 3. İcra Hukuk Mahkemesince şikayetin kabulüne dair verilen 15.06.2005 gün ve 2004/1395-2005/849 sayılı kararın incelenmesi davalı (alacaklı) vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 06.12.2005 gün ve 2005/20275-24140 sayılı ilamı ile;

(...Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de; İİK'in 65. maddesine dayanan gecikmiş itirazda, tebligatın usulüne uygun olarak yapılmış olması, ancak, muhatabın bir engel nedeniyle süresinde itiraz edememiş olması halinde gecikmiş itirazda bulunacak kişinin mazeretini gösterir delillerle birlikte, esasla ilgili itirazlarını ve dayanaklarını, engelin kalktığı günden itibaren üç gün içinde İcra Mahkemesine bildirilmesi gerekir. Maddeden de anlaşılacağı üzere gecikmiş itirazın ön koşulu usulüne uygun bir tebligatın yapılmış olmasıdır.

Somut olayda borçlu Fatma'ya (Şükran) ödeme emri 7201 Sayılı Kanununun 21. maddesine göre tebliğ edildiği halde, muhatabın adreste bulunmama nedenleri Tebligat Tüzüğü'nün 28. maddesi uyarınca ilgililerin imzalarını taşıyan tutanakla tespit edilmediğinden sözü edilen tebligat usulsüzdür. (Hukuk Genel Kurulu'nun 18.04.2001 tarih 2001/6-386 esas 2001/389 karar sayılı kararı.) Bu durumda uyuşmazlığın İİK'in 65. maddesinde yer alan gecikmiş itiraz kurallarına göre değil, 7201 Sayılı Kanununun 32. maddesine

(*) Gönderen: Eyüp KOÇHAN, İstanbul 8. İş Mahkemesi Yazışmaları Müdürü

göre çözümlenmesi gerekir. (HGK'nın 5.6.1991 tarih ve 1991/12-258 E. 1991/344K.)

7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 32. maddesinde, "Tebliğ, usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır. Muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi addolunur" hükmüne yer verilmiştir. Borçlunun usulsüz tebliği öğrendiği tarih olarak bildirdiği 11.10.2004 tarihinden sonra 13.10.2004 tarihinde mahkemeye yaptığı başvurusu yasal 7 günlük sürededir.

Borçlu vekilinin Mahkemeye verdiği dilekçede gecikmiş itiraz deyimini kullanması, HUMK'un 76. maddesi uyarınca hukuki tavsifin hakime ait olması nedeniyle sonuca etkili olmayıp, başvuru bu hali ile 7201 Sayılı Yasanın 32. maddesine dayalı tebligat usulsüzlüğü şikayetidir. (Hukuk Genel Kurulu'nun 05.06.2001 tarih ve 1991/12-258 esas 1991/344 karar sayılı kararı.)

7201 Sayılı Yasanın, 32. maddesi gereğince muhatabın usulsüz tebliği öğrendiği tarihten itibaren takibin şekline göre icra dairesine itiraz etmemiş olması, tebligatın usulsüzlüğünün tespiti halinde mal beyanında bulunma tarihi ve takip kesinleşmeden haciz konulamayacağı cihetle uygulanan hacizlerin kaldırılacağı sonucunu doğuracağından borçlunun şikayetinde hukuki yararının bulunması nedeniyle, mercii nezdinde yapılan tebligatın usulsüzlüğüne ilişkin şikayetin incelenmesine engel teşkil etmez. (Hukuk Genel Kurulu'nun 7.06.2001 tarih ve 2001/12-543 esas 2001/560 karar sayılı kararı.)

O halde Mahkemece tebligatın usulsüzlüğüne yönelik şikayetin kabulü ile Tebligat Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca borçlunun usulsüz tebligatı öğrendiği tarih olarak bildirdiği ve borçlu vekilince karşı çıkılmayan 31.10.2003 (11.10.2004) tarihinin tebliğ tarihi olarak tespitine karar vermek gerekirken, başvurunun İİK'in 65. maddesinde düzenlenen gecikmiş itiraz olarak nitelenip yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı (alacaklı) vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra reği 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.

Ne var ki, açıklanan gerekçeyle içeriği itibariyle usul ve yasaya uygun bulunan bozma ilamında yazım hatası bulunmakta olup; "Somut olayda" ibaresi ile başlayan ikinci paragrafında borçlunun "Fatma" olarak yazılan isminin "Şükran"; "O halde" ibaresi ile başlayan son paragrafında yer alan "31.10.2003" tarihinin de "11.10.2004" olarak düzeltilmesi gerekmiş; bu yazım hatalarının düzeltilmiş şekliyle direnme kararının bozma ilamında yer alan nedenlerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Davalı (alacaklı) vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 11.04.2007 gününde, oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2007/21-203 K: 2007/194 T: 04. 04. 2007

**YURTDIŞINDA YAPILAN TEDAVİ GİDERLERİ • SSK'NIN
SORUMLULUĞU • FAİZİN BAŞLANGICI***

(506 SK m. 32/E)

Özet: SSK Sağlık Tesisleri Sağlık Kurulu raporu ile yurtdışında tedavisi mümkün görülen sigortalının, yurtdışında gördüğü tedavi sonucunda yapılan masrafları SSK'dan talep etme hakkı mevcuttur.

Bu masrafların tespitinden sonra, ödeme tarihindeki kur üzerinden Türk Lirası karşılığı belirlenmelidir.

Öte yandan, söz konusu masraflar sigortalı tarafından kurumdan istenmiş ve kurum bu istemi ret etmiş ise, davadaki talep doğrultusunda ret tarihinden itibaren faiz işletilmelidir.

Taraflar arasındaki "**Alacak**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 2. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 2.6.2005 gün ve 1999/53-2005/602 sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 20.2.2006 gün ve 2005/10310-2006/1381 sayılı ilamı ile,

(...1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, kararın dayandığı gerekçeleri nedenlere göre tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2- Davacılar murisleri Beşir'in Fransa'da tedavisi için yapılan toplam 42.543.48 Fransız Frang'ı tedavi giderinin fatura tarihinden itibaren yürütülecek yasal faiziyle birlikte tahsilini istemişlerdir.

Mahkemece istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

506 Sayılı Yasa'nın 32/E maddesi gereğince yurtdışında tedavisi mümkün görülen Kurum Sağlık Tesisleri Sağlık Kurulu raporu ile tespit edilen sigortalının yurtdışında gördüğü tedavi sonucunda yapılan masrafları talep etme hakkı mevcuttur.

Somut olayda sigortalının aniden rahatsızlanması üzerine acilen 19 Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesine kaldırıldığı burada "Serozaya Atake Mukoid Adeno karsinom vekum metastatik lenf bezi ve reaksiif lenf bezleri kanser tanısı ile acilen yurtdışında tedavi görmesine karar verilmesi üzeri-

(*) Gönderen: Ali GÜNEREN, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı

ne kendi imkanları ile önce Amerika Birleşik Devletleri'nde daha sonra da Fransa'da tedavi gördüğü ve 01.02.1999 tarihinde öldüğü, sigortalının Kurum sağlık tesislerinden bu çerçevede bir rapor almaksızın Fransa'da tedavi gördüğünden davacıların Fransa'da yapılan masrafların tamamını Kurum'dan talep etmesi mümkün olmayıp ancak sigortalı Türkiye'de tedavi görmüş olsaydı tedavi kaçta mal olacak idiyse o miktarı isteyebileceklerdir.

Fransa'da yapılan tedavi belgelerinin tercümelerinin tetkikinden, kronoterapi ve şimoterapi giderinin 19.231 frank, analiz giderlerinin 4.227.16 frank, iğne-pansuman giderinin 613.01 frank, tomografi giderinin 4.678.95 frank, muayene giderinin 1300 frank olduğu, 09.12.2002 tarihli bilirkişi raporunda muhtelif analizlerin ayrıntısı bulunmadığından tarifedeki karşılığının hesaplanmadığı, ilaçların muadilinin ve malzeme bedelinin Sağlık Bakanlığı'ndan sorulması gerektiği, kronoterapi ve şimoterapinin tarifede karşılığının olmadığı bildirilerek diğer tedavi giderinin tarifedeki karşılığının sarf tarihindeki toplam bedelinin 4.730.000 TL. olduğu bildirilmiştir. SSK'ca kronoterapi ve şimoterapinin SSK Tedavi Ücret Tarifesinde yer almadığının bildirilmesi üzerine mahkemece Sağlık Bakanlığı'ndan sorulduğu, Sağlık Bakanlığı'nca da Abdurrahman Yurtaslan Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nden görüş sorulduğu belirtilerek mahkemeye bu hastane görüşü doğrultusunda hareket edilmesinin uygun olduğunun bildirildiği, ilgili hastaneye de hastanın metastatik kolorektal kanser hastası olması halinde bu tedavinin etkili bir tedavi olduğu ancak Oxaliplatin (Eloxatin) adlı ilacın Türkiye'de ruhsatının olmadığı o tarihte bu ilaçla ilgili faz çalışması yapıldığından resmi kurumlara reçete edilemeyeceği ücretinin ödenemeyeceği bu çalışmalarda ilacın sponsor (destekleyen) firma tarafından verilmesi veya ilacın temin edilmesi gerektiğinin bildirildiği, Mahkemece Gazi Üniversitesi Eczacılık Fakültesi öğretim görevlisinden alınan 02.04.2002 tarihli bilirkişi raporunda aksaliplatin (celoxatin) tedavisinin davacının hastalığında uygulanmasının doğru olduğu, bunun yeni bir ilaç olup Türkiye'de o tarihte ruhsatının alınmadığı, Başkonsoloslukça mahalli rayice uygun olduğunun onaylandığı bu masrafın döviz cinsinden tutarının Türk Lirası karşılığının ödenmesi gerektiğinin bildirildiği görülmektedir.

Ankara 5. İş Mahkemesinin 1993/1107(1999-2448) Esas nolu dosyasının tetkikinden sigortalının Amerika'da yaptığı tedavi giderlerinin tahsili için davalı Kuruma alacak davacı açtığı o dosyada alınan 24.05.1999 tarihli bilirkişi raporunda sigortalının Amerika'da yapılan tedavide ilaç bedeli olarak 2.412 Dolar, poliklinik faturası olarak 2.122.45 Dolar, sarf malzemesi olarak 250.65 Dolar tedavi gideri harcaması yaptığının bildirildiği, bu davanın takipsiz bırakılarak açılmamış sayılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece 09.12.2002 tarihli bilirkişi raporunda endoskopi, EKG, iğne, pansuman, tomografi, scanner, muayene ve özel muayene gideri olarak Fransa da yapılan tedavi giderinin yapıldığı tarihteki SSK Tarifesindeki Türk Lirası karşılığı olan toplan 4.730.000 TL'nin davalı Kurumdan tahsi-

line karar verilmiş olması doğru ise de bu davada talep edilmeyen Amerika'da yapılan 4.524.45 ABD Doları ilaç ve solüsyon gideri ile 250.65 ABD doları malzeme bedelinin davalı Kurum'dan tahsiline karar verilmiş olması, davacı tarafca tedavi giderlerinin davalı Kurumdan talep edildiğine ve davalı Kurumca ödenme "talebinin reddedildiği ileri sürülerek sarf tarihinden itibaren faiz talep edildiği görülmekle mahkemece böyle bir talep olması halinde dayalı Kurum'un talebi reddettiği tarihte temerrüde düşeceği düşünülmeksizin bu husus araştırılmadan hüküm altına alınan alacağa dava tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmüş olması isabetsiz olmuştur.

Yapılacak iş; sigortalının yaptığı 4.227.16 Frank tutarındaki analiz giderlerine ilişkin belgelerin tercümesinin yaptırılarak bu analizlerin neler olduğunu açıklığa kavuşturduktan sonra bilirkişi kuruluna bu analiz giderlerinin ve malzemelerin sarf tarihindeki SSK Tedavi Ücret Tarifesindeki Türk Lirası karşılığını tespit ettirip, 471.20 Frank tutarındaki ilaç faturalarında yazılı ilaçların Türkiye'de ruhsatının bulunup bulunmadığını araştırmak, ruhsatı yok ise muadili olan ilaçların fiyatlarını tespit ettirmek, krono terapi ve şimoterapi bedelinin ödeme tarihindeki kur üzerinden Türk Lirası karşılığını hesaplatılarak çıkacak sonuca göre karar vermektir.

Bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin mahkemece yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı 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.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının temyiz edenin sıfatı dikkate alınarak Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 4.4.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU
E: 2007/2-251 K: 2007/277 T: 16.05.2007

**AİLE HUKUKU • BOŞANMA • VELAYET • VELAYETİN BABAYA
VERİLMESİ • VELAYETİ DEĞİŞTİREN NEDENLER**

(TMK m. 328)

Özet: Boşanma sonucunda tarafların karşılıklı mutabakatıyla velayetleri babaya bırakılan küçük çocukların, babalarının yanında olumlu koşullar altında yaşamlarının sürdüğünün ve mutlu olduklarının anlaşılması karşısında velayetin kaldırılarak davacı anneye verilmesi isabetlidir.

Taraflar arasındaki "**Velayetin Değiştirilmesi**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy 1. Aile Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 13.06.2006 gün ve 2004/1202 E. 2006/525 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 26.12.2006 gün ve 2006/15824 E., 2006/18407 K. sayılı ilamı ile,

(...Boşanma kararıyla velayetleri babaya bırakılan çocukların velayetlerinin kaldırılarak davacı anneye verilmesi isteğiyle açılan dava sonucunda; yerel mahkemenin davanın kabulüne dair kararı davalı tarafından temyiz olunmuştur.

Yerel mahkeme kabul kararına gerekçe olarak; davalı babanın çocukları anneleriyle görüşürmediği ve bu suretle velayet görevini kötüye kullandığı hususuna yer vermiştir.

Velayet ve kişisel ilişkiye yönelik düzenlemelerde öncelikle çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi, yararı gözönünde bulundurulmak zorundadır. Bu genel ilke ışığında temyize konu "velayetin kaldırılması" davası incelendiğinde;

Taraflar 27.02.2004 tarihinde boşanmışlar, davacı annenin de isteğiyle müşterek çocuklar 1997 doğumlu Suelnur ile 1999 doğumlu Şevvahir'un velayetleri davalı babaya verilmiş, çocuklarla anne arasında kişisel ilişki: Her yıl 22 Aralık-5 Ocak, 1 Temmuz-31 Ağustos tarihleri arasında, tarafların hazırladıkları yazılı protokole uygun olarak düzenlenmiştir. Boşanma davası sırasında dinlenen davacı Tuğba, bir buçuk yıldır eşiyle ayrı yaşadıklarını, çocuklarının da davalı ile birlikte Almanya'da yaşadıklarını belirtmiştir. Boşanma kararı temyiz edilmeyerek 27.02.2004 tarihinde kesinleşmiştir.

Temyize konu dava, boşanma kararından yaklaşık altı ay sonra açılmıştır.

Mahkemenin görevlendirdiği psikolog, pedagog ve sosyal hizmet uzmanından oluşan bilirkişiler kurulu 13.09.2005 tarihli raporlarında; çocukların anneleriyle kişisel ilişki kurmaları için Almanya'dan Türkiye'ye getirdiklerinde yaptıkları görüşmede; "çocukların gelişimlerinin akranlarıyla eşdeğerde olduğunu, Almanya'daki yaşamlarıyla ilgili herhangi bir olumsuz söylemde bulunmadıklarını" açıklamışlardır.

Alman Gençlik Dairesinin 7.6.2006 tarihli "yüksek sosyal pedegog" imzalı raporunda da; çocukların Almanya'da kaldıkları ev; ortam incelenip gerekli görüşmelerin yapıldığı belirtilerek çocukların okulda başarılı olup, sportif, sanatsal aktivitelerinin bulunduğu, babalarının yanında kendilerini mutlu hissettikleri, velayet haklarının bu nedenle babaları üzerinde kalması yönünde kanaat açıklanmıştır.

Dosyadaki tüm kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde; çocukların uzun zamandır babaları yanında yaşadıkları, velayetin kaldırılması (TMK md. 348) koşullarının gerçekleşmediği anlaşılmıştır. Usulüne uygun olarak açılan "kişisel ilişkinin değiştirilmesi" davası da bulunmamaktadır. Davanın reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırı olduğundan bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Hukuk Genel Kuru'ndaki görüşmeler sırasında, dava konusu çocuklara temsil kayyımı atanmasının gerekip gerekmediği hususu ön sorun olarak incelenmiş; velayetin değiştirilmesi talebine konu küçükler ile, boşanma kararıyla velayet kendisine bırakılan yasal temsilci davalı baba arasında; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 426. maddesinin 2. bendinde öngörülen menfaat çatışmasının bulunmadığı, dolayısıyla temsil kayyımı atanmasının gerekmediği kabul edilerek, ön sorun oy çokluğu ile reddedilmiş ve işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasına gelince;

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 16.5.2007 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğuyla karar verildi.

ÖN SORUNA İLİŞKİN KARŞI OY YAZISI

Dava konusu çekişmenin incelenebilmesi için öncelikle bu davada dava konusu çocukların bir temsil kayyımı ile temsil edilmeleri gerekip gerekmediği konusu bir ön sorun olarak yüce Hukuk Genel Kurulu'nda oylanmış olup değerli çoğunluk tarafından bu davada dava konusu çocukların bir temsil kayyımı ile temsil edilmeleri gerekmediğine karar verilerek işin esasının incelenmesine geçilmiştir. İşin esası hakkında değerli çoğunluk ile aynı görüşü paylaşmakla beraber ön sorun konusunda değerli çoğunluktan farklı düşünerek dava konusu çocukların bir temsil kayyımı ile temsil edilmeleri gerektiği yönünde oy kullanmış olduğumdan ön soruna ilişkin karşı oy gerekçelerim tarafımdan aşağıda arz edilmiştir.

Davacı anne tarafından 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 348 hükmüne göre davalıdan velayetin kaldırılması Konusunda, dava açıldığı ve dava konusu çocukların bir temsil kayyımı tarafından temsil edilmeden işin esası hakkında karar verildiği konusunda değerli çoğunluk ile aramızda görüş birliği vardır.

Çekişme nedir?

Velayetin kaldırılmasına yönelik davalarda dava konusu çocuklar bir temsil kayyımı tarafından usulüne uygun biçimde temsil edilmeden işin esasının incelenebileceğine yönelik değerli çoğunluğun düşüncesine aşağıdaki gerekçelerle katılmıyorum.

A- VELAYET İLİŞKİSİ TEK KUTUPLU MUDUR?

Velayet ilişkisinde iki taraf (=Ebeveyn ve çocuklar) söz konusudur. (*Selma BAKTIR ÇETİNER, Velayet Hukuku, Ankara-2000, s. 32*) Velayet bu sebeple iki kutupludur. Velayet, küçüklerin ve bazı durumlarda kısıtlı çocukların gerek kişiliklerinin gerek mallarının korunması ve onların temsili konusunda yasanın ana babaya yüklediği ödevler ile bu ödevlerin gereği olan hakların tümünü ifade eder. Velayet, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hükümleri ile de ana baba yararına değil çocuk yararına bir hak olarak kabul edilmiştir. (*BAKTIR/ÇETİNER, Velayet Hukuku, s. 46*) Velayet ilişkisinin yeniden düzenlenmesinde bu sebeplerle çocukların yararı gözönünde tutulmalıdır. (*Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, Ankara, 2004, s. 472, Lüchinger/Getser, Art. 157, nr. 13, BGE 118 II 23*) Velayet, ana-babaya bırakılan denetimsiz bir hak olmaktan çıkarılmış, kamusal niteliği olan bir hak olduğundan bu hakkın kullanımı denetlenmektedir. (*BAKTIR/ÇETİNER, Velayet Hukuku, s. 19*) Velayetin kötüye kullanılması halinde çocuğu korumak üzere alınabilecek en radikal, en etkin önlem ve bu anlamda son çare ise velayetin kaldırılmasıdır. (*Rona SEROZAN, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005, s. 292.*)

Yüce Hukuk Genel Kurulu'nda incelenmiş olan dava, manken T. (=Davacı) ile şarkıcı R. (=Davalı) arasında gerçekleşmiştir. Oysa bu öykünün başoyuncuları onlar değil çocukları olan Suelnur ve Şevvalnur'dur. Başka bir anlatımla dava; T-R davası değil ebeveynleri ile Suelnur-Şevvalnur'un davasıdır. Suelnur ve Şevvalnur'un korunması, güvenliğinin sağlanması davasıdır. Velayetin ya davacı T'ye ya

da davalı R'ye verilmesi değil Suelnur ve Şevvalnur'un onlara karşı bile korunması gereğinin davasıdır. Öyleyse bu davada Suelnur ve Şevvalnur bağımsız olarak (=temsil kayyımı ile temsil edilerek) rol almalıdır. Onların temsilini ana babasının yapmasına göz yumulmamalıdır. Başka bir anlatımla dava sonuç olarak ebeveyn (=davanın bir tarafı) ile çocuklar (=davanın diğer tarafı) arasında görülmelidir/görülmesi gerekli bir davadır. Velayetin iki kutuplu olmasının doğal sonucu: Çocuğun güvenliğini doğrudan ilgilendiren velayetin kaldırılması davasında çocukların bağımsız temsil edilmesidir. Aksi düşünce; davayı (=velâyetin kaldırılması) tek kutuplu (=sadece ebeveyn yani ana-baba arası) hale getirir ki Çocuk Hukuku böyle bir anlayışı içine sindiremez.

B- TEMSİL KAYYIMI ATANMASI TAKDİRE BIRAKILMIŞ MIDIR?

Temsil kayyımı ise bir kimseyi belirli bir iş ya da birden fazla işte temsil etmesi için atanan kişiyi ifade eder. (*Kemal OĞUZMAN/ Mustafa DURAL, Aile Hukuku, İstanbul, 1994, s. 510*) Velayetin kaldırılmasına ilişkin bu dava çocuğun güvenliğini doğrudan ilgilendiren bir dava olup velayet kendisinde bulunan davalının her zaman çocuğun yararına davranmayacağı şu veya bu gibi düşüncelerle çocuk aleyhinde birleşmesi ve onun zararına bir durum yaratması davanın açılış sebebi göz önüne alındığında olası olduğundan çocuk ile yasal temsilcisi arasında menfaat çatışması olduğu açık ve seçiktir. O kadar açık ve seçiktir ki çocuk yönünden işler yolunda gitmediğinden velayetin yeniden düzenlenmesi için dava açılmıştır/açılmak zorunda kalmıştır. Başka bir anlatımla açılan bu davada velayetin davalı tarafından kullanılmasında çocuk için zarar olduğu ileri sürülmektedir. Zarar iddiası menfaat çatışmasının göstergesidir. Bilindiği üzere çocuk ile yasal temsilcisi davalı arasında menfaat çatışması varsa vesayet makamı re'sen temsil kayyımı atar. (TMK m. 426 b-. 2). Atar ifadesinden de açıkça anlaşılacağı üzere düzenleme emredici nitelikte olup takdire yer bırakılmamıştır.

C- MENFAAT ÇATIŞMASI VAR MIDIR?

O halde menfaat çatışması kavramına açıklık getirmek zorunludur. İsviçre ve Türk Hukuk öğretisi ve uygulamasında baskın biçimde hakim olan görüşe göre: temsil olunanın menfaatinin ihlaline yönelik salt soyut bir tehlike olasılığının varlığı, menfaat çatışmasının varlığının kabulü için yeterlidir. (*Mustafa Alper GÜMÜŞ, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlik, İstanbul, 2006, s. 46*) Dairem de aynı görüştedir. Daireme göre uzak da olsa yarar çatışması olasılığının bulunması kayyım atanması için yeterlidir. (*Y2HD, 3.5.1976, 3621-3760, Feyzi Necmeddin FEYZİOĞLU, Aile Hukuku, İstanbul-1986, s. 643, dip not: 23., GÜMÜŞ, s. 46, dip not: 197*) Bu sebeplerle yasal temsilcinin kişisel nitelikleri hiçbir şekilde göz önüne alınmaz. (*GÜMÜŞ, s. 46*) Sonuçta şartlar çatışma olasılığına işaret ediyorsa küçüğe kayyım atanması zorunludur. (*GÜMÜŞ, s: 46*) 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 183 hükmüne göre ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alacağı gibi çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınmaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 348 hükmünde yer alan hâllerde velayetin kaldırılmasına da karar verir.

İMİK 308/11, İMİK 392/b. 2, 3, TMK 426/b. 2, 3 hükümleri, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi uyarınca çocuk için önemli kararlar alınırken çocuğun bağımsız temsili zorunludur. (*HEGNAUER, N.27.63a, s.224-*

225, GÜMÜŞ, s. 183, dipnot: 638) Velayetin kaldırılması istemi çocuk için alınacak önemli kararlardan biridir. İsviçre Hukuku'nda da bu zorunluluk ana ve babadan velayetin alınması için (İMK 311-TMK 348) yapılacak yargılamalar için de söz konusudur. (HEGNAUER, N.27.63a, s.224-225, GÜMÜŞ, s. 183, dipnot: 638) Dairem de çocuğun bağımsız temsili konusunda benimle aynı görüştedir: ...Dava, velayet hakkının kaldırılması talebini de içermektedir. (TMK m. 348) O halde küçüğe kayyım tayini ettirilmesi davaya dahili, taraflardan delilleri sorulup toplanması delillerin bu çerçevede değerlendirilmesi sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır. (Y2HD, 25.11.2002, 11983-12963)

D- MAHKEME TARAFINDAN YAPILMASI GEREKEN NEDİR?

Dairem Çocuk Hukukunu ilgilendiren hemen hemen bütün davalarda çocuğun bağımsız temsil edilmesi kenarda kalsın aynı vekil tarafından temsilini bile içine sindirememektedir. (Bir örnek: Y2HD, 29.4.2002, 4849-5638) Açıkladığımız gerekçelerle velayetin kaldırılması davasında dava konusu çocuklara (=Suelnur ve Şevvalnur) bir temsil kayyımı atanmalı, temsil kayyımı davaya katılmalı ve temsil kayyımı tarafından gösterildiği takdirde delilleri toplanarak sonucu uyarınca bir karar verilmelidir.

Hükmün bu gerekçe ile bozulması görüşünde olduğumdan değerli çoğunluğun ön sorun konusundaki farklı görüşüne katılmıyorum.

Ö. U. GENÇCAN

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi

YARGITAY

1. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/2123 K: 2007/3192 T: 26.03.2007

MİRAS ORTAKLIĞINA TEMSİLCİ ATANMASI • EL BİRLİĞİ İLE MÜLKİYET • MİRASTAN MAL KAÇIRMA • DAVADA TEREKENİN TEMSİLİ

(MK m. 640, 701, 702/2, 703)

Özet: Dava konusu taşınmazın tapu maliki olan kişi ölmüş ve mirasçılar arasında el birliği mülkiyeti doğmuş olmakla; davaya katılmayan ortakların olurlarının alınması, ya da miras ortaklığına TMK'nun 640. maddesi hükmü uyarınca (miras ortaklığına temsilci atanması) suretiyle davaya devam edilmesi gerekir.

Taraflar arasında görülen davada; davacı, ortak miras bırakanları Karabet'in 598 ada 3 parsel sayılı taşınmazdaki 7 nolu bağımsız bölümü mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı olarak davalıya temlik ettiğini ileri sürerek, tapu kaydının iptaliyle muris adına tescili isteminde bulunmuştur.

Davalı, çekişme konusu taşınmazı bedelini ödeyerek satın aldığı belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, muvazaa olgusunun sabit olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı vekili tarafından süresinde duruşma istemli temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, duruşma istemi değerden reddedilerek, gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescili isteğine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; çekişme konusu 598 ada 3 parsel sayılı taşınmazdaki 7 nolu bağımsız bölümün çıplak mülkiyetinin miras bırakan Karabet tarafından 19.11.1993 tarihli akitle, satış yoluyla davalı Kevork'a temlik edildiği anlaşılmaktadır.

Davacı, temlikin muvazaalı olduğunu ileri sürerek, tapu kaydının iptali ile muris adına tescili isteğiyle eldeki davayı açmıştır.

Ne varki, miras bırakana ait mirasçılık belgesinde davacı dışında başkaca mirasçılarının da bulunduğu sabittir. Öyleyse, terekenin davada temsil edildiği söylenemez.

Bilindiği üzere, elbirliği (iştirak) halinde mülkiyet, yasa veya yasa da belirtilen sözleşmeler uyarınca aralarında ortaklık bağı bulunan kişilerin, bu ortaklık nedeniyle bir mala veya hakka birlikte malik olma durumudur.

MK'nın 701-703. maddelerinde düzenlenen bu tür mülkiyetin (ortaklığın) tüzel kişiliği olmadığı gibi eşya üzerinde ortaklardan herbirinin doğrudan doğruya bir hakkı da yoktur. Mülkiyet bir bütün olarak ortaklardan tümüne aittir. Başka bir anlatımla ortaklık tasfiye oluncaya kadar ortaklardan birinin ayrı mal veya hak sahipliği bulunmayıp, hak sahibi ortaklıktır. Değinen mülkiyet türünde malikler mülkiyet payları ayrıldığından paydaş değil, ortaklardır. Bu kural, MK'nın 701. maddesinde (... Kanun ve kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolaşısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır) biçiminde açıklanmıştır. Elbirliği (iştirak) halinde mülkiyetin bu özelliği itibarıyla ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Şayet yasa veya elbirliği (iştirak) halinde mülkiyeti oluşturan anlaşmada ortaklık adına hareket etme yetkisinin kime ait olacağı belirtilmemişse, ortaklığın tasfiyesini isteme hakkı dışındaki tüm işlemlerde ortakların (iştirakçilerin) oybirliği ile karar almaları ve birlikte hareket etmeleri zorunluluğu vardır.

MK'nın 702/2. maddesi bu yönde açık hüküm getirmiştir. Ancak, açıklanan kural yargısal uygulamada kısmen yumuşatılmış bir ortağın tek başına dava açabileceği, ne var ki, davaya devam edebilmesi için önceki ortakların olurlarının alınması veya miras şirketine atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülmesi gerektiği kabul edilmiştir. (11.10.982 tarih 1982/3-2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı) Nitekim bu görüş bilimsel alanda da aynen benimsenmiştir.

Somut olayda, elbirliği (iştirak) halinde mülkiyet söz konusu olup, dava dışı ortaklar bulunmaktadır. Hal böyle olunca, davaya katılmayan ortakların olurlarının alınması ya da miras şirketine MK'nın 640. maddesi uyarınca atanacak temsilci aracılığı ile davanın sürdürülmesi gerekirken, davanın görülebilirlik koşulu gözardı edilerek yazılı olduğu üzere davanın esası hakkında hüküm kurulması doğru değildir. Davalının temyiz itirazı yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, bozma nedenine göre diğer hususların in celenmesine şimdilik yer olmadığına, 26.3.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4000 K: 2007/5011 T: 07.05.2007

TAŞINMAZA EL ATMANIN ÖNLENMESİ • FAYDALI GİDERLER**• HAPİS HAKKI**

(TMK m, 994)

Özet: Davacı, maliki olduğu dairenin davalı tarafından (kullanılmasına izin vermişse) de sonradan bu iznini geri aldığını ihtarnameyle bildirmiş olmasına karşın işgal devam ettiği için davalının taşınmaza el atmasının önlenmesine karar verilmesi yerindedir. Ancak davalı (çekişmeli daireye faydalı ve zaruri masrafları yaptığını beyan ve belgelerini sunarak) hapis hakkının tanınmasını istemiş olduğundan TMK'nun 994. maddesi hükmü uyarınca gerekli incelemelerin yapılması, sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, kayden maliki olduğu 11924 parsel sayılı taşınmazdaki 6 nolu dairesini, davalıya oturması için izin verdiğini, muvafakatini ihtarname keşide ederek geri aldığını, ancak davalının taşınmazı tahliye etmediğini ileri sürüp, elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğinde bulunmuştur.

Davalı, çekişmeli taşınmazda faydalı ve zaruri masraflar yaptığını bildirip, hapis hakkı tanınmasını savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile elatmanın önlenmesi isteminin kabulüne, ecrimisil isteminin reddine karar verilmiştir.

Karar, davalı tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp, düşünüldü.

KARAR

Dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; çekişmeli 11924 parsel sayılı taşınmazdaki 6 nolu dairenin kayden davacıya ait olduğu, davacının davalıya taşınmazın kullanımı için izin verdiği, ancak muvafakatini keşide ettiği ihtarnameyle geri aldığı, davalının ihtara (uyarıya) rağmen kullanıma

devam ettiği, böylece haksız elatan durumuna düştüğü anlaşıldığına göre, davalının taşınmaza elatmanın önlenmesine karar verilmesinde kural olarak bir isabetsizlik yoktur.

Davalının bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine.

Ne var ki, davalı 25.7.2006 tarihli dilekçesiyle çekişmeli daireye faydalı ve zaruri masraflar yaptığını bildirip, masraflarına ilişkin belge ve dokümanları ibraz edip, hapis hakkı tanınmasını istemiş, ne var ki, mahkemece bu hususta bir araştırma ve inceleme yapılmamıştır.

Bilindiği üzere, Türk Medeni Kanunu'nun 994. maddesinde "*iyiniyetli zilyet geri vermeyi isteyen kimseden o şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebilir. Ve bu tazminat ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir*" denilmektedir. Gerçekten de, davalının yargılama süreci içerisinde böyle bir savunmada bulunmasına mani bir hüküm bulunmadığı gibi, savunma yoluyla getirilen bu isteğin mahkemece değerlendirilmesi gerekeceği açıktır. Esasen yasal düzenlemede buna amirdir.

O halde, anılan madde hükmü kapsamında davalının çekişme konusu taşınmazda ne gibi bir masraf yaptığının belirlenmesi açısından gerekli araştırma ve incelemenin yapılması davalı yararına hapis hakkı tanınip tanınmayacağına değerlendirilmesi, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, davalının süresinde hapis hakkı talebinde bulunmadığı, karşı tarafın da iddianın genişletilmesine muvafakat etmediği gerekçesiyle bu talebin reddine karar verilmiş olması doğru değildir.

Davalının, temyiz itirazları bu nedenle yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 07.05.2007 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Davacı tarafından davalı aleyhine açılan el atmanın önlenmesi ve ecrimisil istemli davada davalı taraf yaptığı zaruri ve faydalı giderler için hapis hakkı talebinde bulunmuş, mahkemece davacının el atmanın önlenmesi isteminin kabulüne, ecrimisil isteminin reddine, davalının hapis hakkı ile ilgili talebinin reddine karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiş, dairece diğer yönlerdeki temyiz itirazlarının reddine, ancak davalının hapis hakkının incelenmesi gerektiği belirtilerek bu yöndeki temyiz isteminin kabulüne karar verilmiştir.

Elatmanın önlenmesi isteminin kabulü ve ecrimisil isteminin reddi hakkında kurulan hükmün onanması görüşüne katılmaktayım, ancak davalının hapis hakkı ile ilgili olarak Dairenin bozma gerekçesine aşağıdaki nedenlerle katılmıyorum:

Davalının iyi niyetli zilyet olduğu dosya kapsamı ile anlaşılmakta olup bu husus hem mahkemenin hem de Dairenin kabulündedir. Türk Medeni Kanunu'nun 994. maddesine göre iyi niyetli zilyet geri vermeyi isteyen kimseden şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebilir ve bu tazminat

ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir. Bu istem Hukuk Usulü Muhakemeleri yönünden incelendiğinde karşı tarafın istemi ile doğrudan bağlantılı bir talep olup mahsup niteliğindedir ve esasa cevap süresinde ileri sürülmesi gerekir, aksi halde artık hapis hakkının gerekçesi olarak ileri sürülemez ancak daha sonra sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir alacak davasına konu olabilir. Davalı esasa cevap süresinde bu savunmasını ileri sürmemiş hatta (verilen süre içerisinde ileri sürse bile sonuca etkili olmamakla birlikte) delillerin ibrazı için verilen kesin süre içerisinde de bir beyanda bulunmamıştır. Aslında esasa cevap süresi içerisinde hapis hakkının ileri sürülmesi başka, bu süre içerisinde hapis hakkı ileri sürüldükten sonra bununla ilgili delillerin mahkemeye sunulması başka şeydir. Esasa cevap süresi içerisinde ileri sürülen hapis hakkı ile ilgili deliller daha sonra mahkemenin verdiği süre içerisinde ibraz edilebilir, ancak delillerin ibrazı için verilen sürede esasa cevap süresinde bildirilmesi gereken ancak bildirilmeyen ve talep konusu edilmeyen hapis hakkı ileri sürülemez. Bu nedenle gerekçesi değişik olmakla birlikte sonucu itibarı ile hapis hakkı ile ilgili davalı isteminin mahkemece reddine karar verilmesi doğrudur.

Diğer taraftan mahkemenin hapis hakkını kendiliğinden dikkate alması yasanın açık hükmü karşısında mümkün değildir, TMK'nın 994. maddesi iyi niyetli zilyedin zaruri ve yararlı giderleri isteyebileceğini belirtmektedir, yani istemi şart koşmaktadır, açık bir istem olmadan mahkemenin kendiliğinden miktar belirleyip davalı yararına hapis hakkına hükmetmesi mümkün değildir, öyleyse davalının hapis hakkı isteminin bir an için süresinde olduğunu kabul etsek bile acaba hapis hakkına konu ettiği alacakla ilgili hükme esas alınabilecek bir talebi var mıdır? Davalı vekili 25.7.2006 tarihli dilekçesinde davalının taşınmazda toplam 6930 YTL tutarında masraf yaptığını açıklama kısmında belirtmiş, sonuç kısmında ise bu masrafların mahkemece piyasa rayiçlerine göre tespitini istemiş, bu rayiç bedel üzerinden hapis hakkı tanınmasını talep etmiştir. Yani davalı hem yaptığı zaruri ve yararlı giderlerin miktarının mahkemece belirlenmesini hem de bu miktar üzerinden hapis hakkı tanınmasını istemiştir. Bilindiği gibi mahkemenin bir konuda karar verebilmesi için talebin açık ve net olması gerekmektedir. Mahkemelerin hem talebi belirleyip hem de bu miktara hükmetmesi biçiminde bir görevleri bulunmamaktadır. Sonuç kısmında belirtilmese bile dilekçe içeriğinden talebin ne olduğu anlaşılıyorsa yine buna göre karar verilebilir ise de bu davada davalı 6930 YTL masrafı olduğunu dilekçe içeriğinde açıklamıştır ancak sonuç kısmında bu miktarı değil rayiç bedeli istediğini açıkça belirttiğinden bunun talep edilen miktar olarak kabulü de mümkün değildir.

Sonuç olarak davalının hapis hakkı ile ilgili istemi hem süresinde olmadığından hem de hapis hakkına konu ettiği alacak miktarını kendisi belirlemeyip bu hususu da usule aykırı olarak mahkemeye bıraktığından hapis hakkı ile ilgili hukukun geçerli bir talep bulunmadığından Mahkemenin bu yöndeki ret kararı doğrudur ve hükmün onanması gerekmektedir.

E. SANLI
Üye

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/3107 K: 2007/5014 T: 07.05.2007****MURİS MUVAZAASI • YAZILI DELİL KOŞULU • GERÇEK DEĞER İLE SATIŞ BEDELİ ARASINDAKİ FARK**

Özet: Muris muvazaası hukuksal nedene dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkin davanın yargılanması sonucunda: Miras bırakanın 3 sayılı parseldeki 33/36 payından 23/36 payını üzerinde bıraktığı, 09.03.1982 günlü akit ile satış suretiyle temlik ettiği anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere; böyle bir iddianın veya savunmanın, 5.02.1967 g. ve 20/6 sayılı İnançları Birleştirme Kararı gereğince yazılı bir belge ile kanıtlanması zorunludur. Oysa davalı böyle bir belge sunmamıştır.

Öte yandan, akitte gösterilen satış bedeli ile taşınmazın gerçek değeri arasında aşırı fark bulunduğu keşfen sabittir.

Bu sebeplerle miras bırakanın yapmış olduğu temlikin, terekeden mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı bulunduğu kabulü gerektir.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, miras bırakanı Abdullah'ın mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla 3 parsel sayılı taşınmazdaki 33/36 payından 23/36 payı uhtesinde bırakıp 10/36 payını oğlu olan davalı Mustafa'ya satış suretiyle muvazaa-lı olarak temlik ettiğini, miras bırakan Abdullah'ın üzerinde kalan 23/36 payın da ölümünden sonra tüm mirasçılara intikal ettiğini, kendisi ve Mustafa'nın intikal eden miras paylarını bedelsiz olarak miras bırakanı anneleri Hanife ve Mehmet'e devrettiklerini, onların da taşınmazın kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle yükleniciye verilmesi için, Mustafa'yı vekil tayin ettiklerini, Mustafa'nın vekalet görevini kötüye kullanarak kendisi ve Mehmet'e 4'er, anneleri Hanife'ye 3 daire bırakacak şekilde taksim sözleşmesi yapıp, kat irtifakı ile adlarına tescil ettirdiğini ileri sürerek, tapu iptal ve her iki miras bırakanından intikal eden miras payı oranında tescil isteğinde bulunmuştur.

Davalılar, miras bırakanı Abdullah'ın yaptığı temlik işlemin muvazaa-lı olmadığını, Almanya da işçi olarak çalıştıklarını, gönderdikleri paralarla miras bırakanın kendi adlarına satın alıp, yurda döndüklerinde bu payı kendilerine devrettiğini, miras bırakanı Hanife'nin de 3 dairesini davacıya bedelsiz devrettiğini belirtip, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davalılar ile muris Abdullah arasında mevcut bir inanç sözleşmesi gereği olarak çekişmeli payın davalılara temlik edildiği, murisin mirasçılardan mal kaçırma amacının olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 16.1.2007 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden vekili Avukat Hüseyin, Avukat Macit, Avukat Birgül ile temyiz edilen vs. vekili Avukat M.Yaşar geldiler duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekillerin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimisi tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, muris muvazaası ve vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenlerine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine dayalı olarak açılan tapu iptal ve tescil isteğinin reddedilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Davacının, bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine.

Davacının, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkin temyiz isteğine gelince; tarafların ortak miras bırakanı Abdullah'ın 3 sayılı parseldeki 33/36 payından 23/36 payını üzerinde bırakıp, 10/36 payını oğlu olan davalı Mustafa'ya 9.3.1982 günlü akit ile satış suretiyle temlik ettiği görülmektedir.

Davacı, bu temlikin kendilerinden mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek, eldeki davayı açmıştır.

Mahkemece, davalı Mustafa'nın savunmasına değer verilerek, miras bırakan ile davalı arasında inanç sözleşmesi olduğu, bu sözleşme gereğince çekişmeli payın miras bırakan adına tescil edildiği, miras bırakan tarafından da temlike konu bu payın sözleşme uyarınca davalıya devredildiği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Bilindiği üzere; böyle bir iddianın veya savunmanın 5.2.1947 tarih 20/6 sayılı İnançları Birleştirme Kararı gereğince yazılı bir belge ile kanıtlanması zorunludur. Oysa, davalı yargılama sürecinde böyle bir belge ibraz etmiş değildir. Öyleyse, bu savunmanın kanıtlandığı söylenemez.

Öte yandan, davalının taşınmazın alınışında taşınmaza ilişkin satış bedelini ödediğini gösterir bir belgeyi de mahkemeye sunmamıştır. Ayrıca, akitte gösterilen satış bedeli ile taşınmazın gerçek değeri arasında aşırı fark bulunduğu keşfen sabittir. O halde, iddia gözetilmek suretiyle temliklerin muvazaa kastı ile yapılıp yapılmadığının duraksamaya yer bırakmayacak şekilde açıklığa çıkartılması zorunludur.

Bilindiği üzere; uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaası; niteliği itibarıyla nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaası türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölüncüye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 1-4-1974 tarih 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanun'un 706, Borçlar Kanunu'nun 213 ve Tapu Kanununun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çığnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaası nedeni ile geçersizliğinin tespiti ni ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun için de ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Hal böyle olunca, yukarıda değinilen somut bulgu ve olgular belirtilen ilkeler çerçevesinde birlikte değerlendirildiğinde, miras bırakanın yapmış olduğu temlikin, terekeden mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu kabul edilmelidir.

O halde, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak açılan davanın, kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirme ile davanın tümünden reddine karar verilmesi doğru değildir.

Davacının temyiz itirazları belirtilen yöne hasren yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 13.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren avukatlık ücret tarifesinin 14. maddesi gereğince gelen temyiz eden vekilleri için 500.00 YTL duruşma avukatlık parasının temyiz edilenden alınmasına, 07.5.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/3249 K: 2007/5128 T: 08.05.2007

**TEREKEDEN MAL KAÇIRMA • MURİS MUVAZAASI
• VEKALET ÜCRETİ**

Özet: Miras bırakan AB'nin, maliki bulunduğu taşınmazın 3 nolu bağımsız bölümünün (intifaa üzerinde tutarak çıplak mülkiyetini satış suretiyle) oğlu İC'ye temlik terekeden mal kaçırma amaçlı bedelsiz ve muvazaalı olduğundan davanın kabulüne ilişkin mahkeme kararı yerindedir.

Diğer davalı S'nin temyiz itirazına gelince; miras bırakan AB, (4) nolu bağımsız bölümün (çıplak mülkiyetini üzerinde tutarak intifa hakkını temlik ettiğinden) olayda 1.04.1974 günlü ve 1 / 2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama olanağı yoktur. Bu sebeple aksine hükmün bozulması ve (3) nolu bağımsız bölüme yönelik davacının miras payı oranında tapusunun iptaline karar verildiğine göre, bu paya tekabül eden değer üzerinden davacı yararına avukatlık ücreti ve yargılama harcına hükmedilmesi gerekir.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, miras bırakanı Abdullah'ın mirasçılarında mal kaçırmak amacıyla ve muvazaalı olarak dava konusu 360 ada 1 parselde bulunan 2. kat 3 nolu bağımsız bölümü intifaa üzerinde bırakarak çıplak mülkiyetini davalı İzzet'e satış yoluyla temlik ettiğini, yine aynı yerde bulunan 4 nolu bağımsız bölümünde intifa hakkını davalı eşi Sevim'e verdiğini, davalıların alım güçlerinin bulunmadığını ileri sürerek miras payı oranında tapusunun iptal ve tescili ile 4 nolu daire üzerindeki intifa hakkının kaldırılması isteklerinde bulunmuştur.

Davalılar, satışın gerçek olduğunu alım gücünün bulunduğunu belirterek, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, miras bırakan tarafından davalılara yapılan temliklerin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu gerekçesiyle 360 ada 1 parsel 3 nolu bağımsız bölümün tapusunun davacının miras payı oranında iptal ve tesciline, 4 nolu bağımsız bölümde davalı Sevim adına olan intifa hakkının davacının miras payı oranında iptal ve tesciline karar verilmiştir.

Karar, davalı İzzet vekili ve davalı Sevim vekili tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 08.5.2007 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden İC vekili ile temyiz edilen vekili geldiler, davetiye tebliğine rağmen diğer temyiz eden vekili avukat gelmedi, yokluğunda duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlatılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekillerin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşüldü:

KARAR

Dava muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden; kayden tarafların ortak miras bırakanı Abdullah'ın maliki bulunduğu 360 ada 1 parselde bulunan 3 nolu bağımsız bölümün intifamı üzerinde bırakarak, çıplak mülkiyetini 14.4.1989 tarihinde satış suretiyle davalı oğlu İC'ye intikali işleminin mahkemece yapılan inceleme ve araştırma sonunda terekeden mal kaçırma amaçlı, bedelsiz ve muvazaalı olduğu belirlenmek suretiyle bu parsel yönünden davanın kabul edilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur. Bu parselle ilişkin olarak, İC'ye kurulan hükme yönelik temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine.

Diğer davalı Sevim'in temyiz itirazına gelince; miras bırakan Abdullah'ın 360 ada 1 parselde bulunan 4 nolu bağımsız bölümün çıplak mülkiyetini üzerinde ipka ederek intifamı davalı Sevim'e temlik etmiştir. Buna göre miras bırakan taşınmazın sicil kaydından kaynaklanan mülkiyet hakkını davalıya devretmeyip intifa hakkını intikal ettirdiğine göre somut olayda 1.4.1974 tarih 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama yeri bulunmayacağı tartışmasızdır.

O halde, bu bağımsız bölüme yönelik olarak açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ve yasal olmayan gerekçelerle yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir.

Diğer taraftan, 3 nolu bağımsız bölüme yönelik davacının miras payı oranında tapusunun iptaline karar verildiğine göre, bu paya tekabül eden değer üzerinden davacı yararına avukatlık ücreti ve yargılama harcına hükmedilmesi gerekirken taşınmazın tüm değeri üzerinden fazla avukatlık ücreti tayin ve takdir edilmesi doğru değildir. Davalıların bu yöne yönelik temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerden ötürü **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 13.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren avukatlık ücret tarifesinin 14. maddesi gereğince gelen temyiz eden vekili için 500.00 YTL. duruşma avukatlık parasının temyiz edilenden alınmasına, 08.5.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
2. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/20742 K: 2006/5715 T: 18.04.2006

MİRASÇILIK SIFATI • MİRASIN İNTİKALİ • ZAMAN YÖNÜNDEN UYGULANACAK HÜKÜM

(TMK m. 448, 4722 SK m. 17)

Özet: Mirasçılık ve mirasın geçişi, miras bırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1-Mirasçılık ve mirasın geçişi, miras bırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir. (4722 S.K. md.17) İstanbul 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 1981/486 esas sayılı mirasçılık belgesinde muris Hasan olup onun mirasçılarında Yusuf'un ölüm tarihi 10.04.1926'dır ve bu kişi bekar olarak ölmüştür. Pınarhisar Asliye Hukuk Mahkemesinin 1965/141 esas sayılı mirasçılık belgesinde miras bırakan Yusuf'un Salih oğlu olup 23.11.1963 tarihinde ölmüş olup, Kimlikleri miras bırakan Mehmet ve Refiye oğlu 2.9.1946 tarihinde ölen miras bırakan Yusuf'tan farklıdır; Mahkemece Yusuf yönünden mirasçılık belgesi verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, kimlikleri farklı olan Hasan ve Yusuf'la ilgili mirasçılık belgelerinin iptaline karar verilmesi doğru görülmemiştir.

2-Miras bırakan Yusuf (Mehmet ve Refiye oğlu) mirasçısı eşi olarak gözüken Necibe'nin varsa mirasçılarının araştırılması, yoksa Türk Kanunu Medenisi'nin 448. maddesi gereğince buna ait hisselerin Hazineye bırakılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması da doğru değildir.

3-Müdahele talebinde bulunan Mehmet'in bu talebi hakkında olumlu-olumsuz bir karar verilmemesi isabetsizdir.

SONUÇ: Temyiz olunan hükmün gösterilen sebeplerle **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/6270 K: 2006/12888 T: 02.10.2006

BOŞANMADA AĞIR KUSUR • YOKSULLUK NAFKASI*

(4722 SK m. 1)

Özet: Boşanmaya neden olan olaylarda, başka kadınla ilişkiye giren davacı kocanın ağır kusurlu olduğu dikkate alınarak, boşanmakla yoksulluğa düşecek olan kadın yararına yoksulluk nafakasına hükmedilmelidir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm nafaka ve tazminatlar yönünden temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

4722 Sayılı Kanununun 1. maddesi hükmü de dikkate alındığında olaya 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi hükümlerinin uygulanması gerekir.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davalı-davacı kadının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Toplanan delillere göre boşanmaya neden olan olaylarda başka kadınla ilişkiye giren davacı-davalı kocanın ağır kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Yeterli ve sabit bir geliri bulunmayan davalı-davacı kadın, boşanmakla yoksulluğa düşeceği nazara alınarak kadın yararına uygun bir yoksulluk nafakası verilmesi gerekirken istemin tümüyle reddi doğru olmamıştır.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın 2. bentte açıklanan sebeplerle yoksulluk nafakası yönünden **BOZULMASINA**, hükmün temyize konu diğer bölümlerinin ise 1. bentteki nedenlerle **ONANMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Osman KUNTMAN

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/73163 K: 2007/74133 T: 15.03.2007

MİRAS HUKUKU • YABANCILARIN MİRASÇILIĞI • MİRASÇILIK SIFATI • KARŞILIKLILIK İLKESİ • MİRASÇILIĞA HAK KAZANILMASI

(TKM m. 517, 522, 4722 SK m 17, 2675 SK m. 22)

Özet: Miras ölümle açılır; bir kimsenin mirasçılığa hak kazanıp kazanamayacağı mirasın açıldığı tarihteki hukuk statüsüne göre belirlenir. Miras ölenin Milli Hukukuna tabidir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı; taşınmaz mallar yönünden miras bırakan annesi Efrosini'den mirasçılık belgesi verilmesini istemiştir.

Mirasçılık ve mirasın geçişi, miras bırakanın ölümü tarihinde yürürlük olan hükümlere göre belirlenir. (4722 SK m. 17)

2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesi; karşılıklılık olmak koşulu ile yabancı gerçek kişilerin Türkiye'deki taşınmaz mallara sahip olabilecekleri ve bunları miras yolu ile iktisap edebileceklerini hükme bağlamıştır. Bu yasa hükmü 19.07.2003'te 4916 Sayılı Yasa ile değiştirilerek, Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının, kanuni miras yoluyla edindikleri taşınmazların intikal işlemlerinin yapılarak tasfiye edilip bedele çevrileceğini öngörmüştür.

Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk Hukuku uygulanır. (2675 SK m. 22) Miras, miras bırakanın ölüm günündeki hükümlere göre mirasçılara intikal eder. (4722 SK m. 17) Miras ölümle açılır. Hiçbir işleme tabi olmadan kendiliğinden mirasçılara intikal eder. (743 sayılı MK m. 517) Mirasçı olabilmek için, miras bırakanın vefatı anında sağ ve mirasçılığa da ehil olması gerekir. (743 sayılı MK m. 522) Bir kişinin mirasçılığa ehil olup olmadığı mirasın açıldığı gündeki hukuki statüsüne göre belirlenir.

Mirasbırakan ve davacının Arnavutluk vatandaşı olduğu tartışmasızdır. 28.04.1961 gün ve 5/1142 sayılı kararname ile Arnavutluk uyruklu gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye'deki taşınmazlar üzerindeki tasarruf hakları kısıtlanmıştır. Bu kararname 6.1.2005'te yürürlükten kaldırılmıştır. Miras bırakan 21.03.1984'te vefat etmiştir. Daha sonra 19.07.2003'te yürürlüğe giren 4916 Sayılı Yasanın ve kararnamenin yü-

rürlükten kaldırılmasının, ölüm tarihindeki Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin uygulanmasına engel oluşturmaz.

Yapılan araştırma sonucu Türkiye ile Arnavutluk arasında ölüm günü itibarıyla karşılıklığın olmadığı anlaşılmaktadır. Menkuller yönünden bir isteğin bulunmadığı da dikkate alınarak davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/13784 K: 2007/9035 T: 29.05.2007****AİLE HUKUKU • EŞLERİN KARŞILIKLI KUSURU • BASKIN KUSUR
• ORTAK HAYATIN TEMELİNDEN SARSILMASI • BOŞANMA KARARI***(TMK m 166/1)*

Özet: Eşlerin karşılıklı kusurlarının ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik olduğuna göre boşanmaya karar verilmelidir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hükmün temyizden murafaa icrası suretiyle tetkiki istenilmekle duruşma için tayin olunan bugün temyiz eden davacı vekili avukat ve karşı taraf vekili avukat geldiler. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davacı kocanın sürekli alkol aldığı, karısını aşağıladığı, davalı kadının ise birlik görevlerini yerine getirmediği, kocasına ağır hakaretler ettiği birisinin kusurunun diğerine üstün tutulamayacağı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya (TMK m. 166/1) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Davacının temyiz itirazının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, duruşma için takdir olunan 500 YTL vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

3. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2001/8142 K: 2001/8911 T: 09.10.2001

KİRA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN DAVA • DAVA DEĞERİNE GÖRE MAHKEMENİN GÖREVİNİN BELİRLENMESİ • KİRALANAN YERİN SATILMASI • KİRACININ KİRALANANI GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

(BK m. 256)

Özet: Kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta "tahliye, sözleşme feshi veya kira parasının tespiti" istendiğine göre mahkemenin görevi müddeabih değeri esas alınarak genel hükümlere göre belirlenmelidir.

Kiralanan yerin satılmak istenmesi halinde, kiracı o yeri alıcılara göstermekle ödevlidir. Ne varki, bu gösterme yükümlülüğü kiracı için uygun zamanlarda gerçekleştirilmeli ve kiracı kiralayan ilişkisindeki yarar çatışması dengelenmelidir.

Dava dilekçesinde kiralanan müşteriye gösterilmesi hususunda uygun gün ve saatlerin tespiti istenilmiştir. Mahkemede davanın kabulü ihtetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada davalının kirasında bulunan taşınmazını satmak istediğini ancak davalı kiracı tarafından dairenin alıcılara gösterilmediğini ileri sürerek, belirli sürelerine müşterilere gösterilmesi hususunda izin verilmesini istemiştir.

Dava niteliği itibariyle BK 256. madde kapsamında kiracının kiralananı satılmak istenmesi halinde alıcılara gösterme ödevine ilişkindir. Zira ticaret hayatının iyiniyet ve dürüstlük ilkeleri kira sözleşmesinde bu yükümlülüğün üstü kapalı koşul olarak kararlaştırıldığını zorunlu kılar.

Sulh Hukuk Mahkemesinin bakacağı dava ve işler HUMK'un 8. Maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, tahliye, kira sözleşmesinin feshi veya

kira parasının tespiti istenmediğine göre görevli mahkemenin, müddeabihin değeri esas alınarak belirlenmesi gerekir.

Somut olayda taraflar arasında kira sözleşmesinden doğan bir uyumsuzluk bulunduğuna göre yıllık kira tutarı dikkate alınarak mahkemenin görevli olup olmadığı saptanmalıdır. Bu nedenle dava konusu taşınmaza ilişkin kira sözleşmesi ibraz ettirilip yıllık kira miktarına göre görev hususu üzerinde durulmadan işin esası hakkında hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Diğer taraftan kabule göre de, kiralananın “kararın kesinleşmesinden itibaren üçer aylık sürelerle gösterilmesine” izin verilmesi tarafların menfaat dengesine ve hakkaniyet ilkesine aykırıdır. Nitekim yerleşik Yargıtay uygulamasına göre; kiralananı ciddi olarak satın almak isteyenlere gösterme yükümlülüğü (kiracı için) her zaman mevcuttur. Ne var ki, bu gösterme kiracı için uygun zamanlarda yapılmalı, kiracı-kiralayan ilişkisindeki yarar çatışması dengelenmelidir. Somut olayın özelliklerine uygun olmayacak şekilde hakkaniyete aykırı karar verilmesi bozma nedenidir.

Mahkemenin görevli olması halinde uzman bilirkişi de alınarak yerinde inceleme yapılmalı, kiralananın niteliği bulunduğu mevki, dairenin satılabilme süresine etkili sosyal, ekonomik koşullar diğer özel ve genel faktörler ile birlikte tarafların yararları gözetilmeli hakkaniyete uygun denge kurmak suretiyle satışın yapılabileceği muhtemel, makul ve münasip bir süre ile ayrıca bu süre içinde de hangi gün ve saatlerde kiralananın gösterilmesine izin verilmesinin uygun olacağı tespit edilmeli, hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde karar verilmelidir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK’un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 9.10.2001 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/10919 K: 2006/11579 T: 25.09.2006

**ECRİMİSİL • MİRASÇILAR ARASINDA ECRİMİSİL
• İNTİFADAN MEN KURALI**

(TMK m. 993-995)

Özet: Murisin ölümünden itibaren intifadan men olduğunu ileri sürerek ecrimisil istemiş, dinlenen tanıklar da 2002 yılından itibaren intifadan men hususunun gerçekleştiğini açıklamışlardır. O halde mahkemece ihtarnamenin tebliği tarihi olan (27.07.0204) tarihinden itibaren ecrimisile hükmedilmesi doğru değildir. Mahkemece yapılacak iş, murisin ölüm tarihinden sonra intifadan men olup olmadığı (2002 öncesi için) tanıklarca doğrulanmadığı ve davacı taraf sair delillere dayanarak yemin delilini bildirdiği kabul edilip davacı tarafın yemin teklif etme hakkı hatırlatılmalı, intifadan men tarihinin yeminle kanıtlanması halinde, istem gibi (dava tarihinden geriye doğru 5 yıl için) aksi takdirde davanın tanıkları yeniden çağrılıp intifadan men'in 2002 yılının hangi ayı itibariyle gerçekleştiği hususunda ek beyanları alınıp buna göre bilirkişiden ek rapor temin edilip varılacak uygun sonuç çerçevesinde ecrimisile hükmedilmelidir.

Dava dilekçesinde 10.000 YTL ecrimisilin faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada, kök muristen intikal eden taşınmazın davalı tarafından kullanıldığı ileri sürülerek 5 yıllık ecrimisil istenilmiş, mahkemece ihtarname tebliğinden itibaren ecrimisile hükmedilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine gö-

re, davalı tarafın bütün davacı tarafın sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak, kural olarak; iştirak halinde mülkiyette paydaşlar intifadan men etmedikçe birbirlerinden ecrimisil isteyemezler. İntifadan men ise yemin dahil her türlü delille ispatlanabilir:

Somut olayda, davacı taraf murisin, ölümünden itibaren intifadan men olgusunu ileri sürerek ecrimisil istemiştir. Mahkemece tanık anlatımları alındığı ve davacı tanıkları (bir bütün halinde anlatımları değerlendirildiğinde) 2002 yılından itibaren intifadan men hususunun gerçekleştiğini açıkladıkları halde, sonraki yazılı ihtar tebliğ tarihinden (27.07.2004) ecrimisile hükmedilmiştir. Delillerin yanlıgılı değerlendirilmesi sonucu eksik ecrimisile hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Mahkemece yapılacak iş, murisin ölüm tarihinden sonra intifadan men'in olup olmadığı (2002 öncesi için) tanıklarca doğrulanmadığı ve davacı taraf sair delillere dayanarak yemin delilini bildirdiği kabul edilip davacı tarafın yemin teklif etme hakkı hatırlatılmalı intifadan men tarihinin yeminle kanıtlanması halinde istem gibi (dava tarihinden geriye doğru 5 yıl için) aksi taktirde davacı tanıkları yeniden çağrılıp intifadan men'in 2002 yılının hangi ayı itibariyle gerçekleştiği hususunda ek beyanları alınıp buna göre bilirkişiden ek rapor temin edilip varılacak uygun sonuç çerçevesinde ecrimisile hükmedilmelidir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 25.9.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/5864 K: 2007/6147 T: 17.04.2007

**PAYLI MÜLKİYET • ECRİMİSİL • TAŞINMAZIN EN İYİ YERİ • KENDİ
PAYINDAN DAHA AZ YER KULLANMA DURUMU**

(TMK m. 2, 693, 993-995)

Özet: Hükme esas alınan bilirkişi raporuna göre, davalının tapu kaydına göre hisesinden daha az yeri kullandığı anlaşılmaktadır.

TMK'nun 693. maddesi hükmüne göre paydaşlardan herbiri, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir.

Davacı, davalı paydaşın kendi payından daha az bir bölümü kullanmasından ötürü zarara uğradığını ispat ettiği takdirde tazminat isteyebilir. Başka bir deyişle, davalının kullandığı kısmın taşınmazın en iyi yeri olmadıkça ecrimisile hükmedilmesi yanlıştır.

Dava dilekçesinde 5.470 YTL ecrimisilin faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü ile 1.483,36 YTL'nin tahsili cihetine gidilmiş, hüküm taraflar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı vekili dava dilekçesinde, dava konusu 33 nolu parselin davalı tarafından işgal edilmesi nedeniyle 1.1.1998-31.12.2003 tarihleri için 5.470 YTL ecrimisil bedelinin davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece; davacının 1528/5525 payına göre 1.483.36 TL ecrimisilin davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Hükmü taraf vekilleri temyiz etmiştir.

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddine,

Davalı vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Dosya kapsamından dava konusu taşınmazın tapu kaydına göre davacının 1528/5525, davalının ise 265/5525 payının bulunduğu, taşınmaza müşterek malik oldukları, hükme esas alınan bilirkişi raporuna gö-

re davalının tapu kaydına göre payının 265 metre kare olmasına rağmen işgal ettiği ev ve bahçenin 240 metre kare olduğu yani hissesinden daha az yerin kullanıldığı anlaşılmaktadır.

TMK madde 693'e göre: "**Paydaşlardan herbiri, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir**". Buna göre, her paydaşın, müşterek mülkiyet konusu şeyin tamamı (veya bir kısmı) üzerinde yararlanma hakkı bulunmaktadır. Bu hak, ne mekân (yer), ne de zaman itibarıyla sınırlandırılmıştır. Fakat paydaşlar, bu hususta değişik düzenlemeler getirebilirler. Zira, yasa, yalnızca her paydaşın kullanma ölçüsünü belirtmiştir. Kullanma olanağı sınırsız değilse (müşterek mülkiyet konusu bir apartmandaki asansörden yararlanma gibi), paydaşların örneğin yerce bölünmüş ya da zamanla değişen bir kullanma anlaşmasıyla kullanmanın biçiminde uyuşmaları gerekir.

Açıktır ki, sözkonusu yararlanma, ancak, diğer paydaşların haklarına saygı gösterildiği oranda hukuksal himaye görecektir. Nitekim, Medeni Kanun da, yararlanma hakkının, "diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde" mevcut bulunduğunu kesin bir biçimde belirtmiştir (TMK mad. 693). Kaldı ki TMK mad. 2 hükmü gereğince de bu sonuca ulaşılabacaktır.

Paya uyan bir belirtme ve sınırlandırma olmadığı takdirde, her paydaşın, öbürlerine zarar vermemesi kaydıyla taşınmazı kullanma hakkı vardır. Bu hakkın ölçüsü ise, her somut olayda durumun özelliğini gözönünde tutularak araştırılmak gerekir.

TMK'nın 993-995. madde hükümleri tarafından düzenlenmiş ve uygulamada "ecrimisil" olarak isimlendirilen bir istemin de bulunduğu kabul edilen yasal tasfiye rejimi, halihazır zilyedin, iadesi istenen taşınmaz (nesne) üzerinde, iadeyi engelleyecek bir hakka sahip olmamasını gerektirir.

Yukarıda açıklanan ilke ve yasal düzenlemeler karşısında, davacı, davalı paydaşın kendi hissesinden daha az bir bölümü kullanmasından ötürü zarara uğradığını ispat ettiği takdirde tazminat istemeye hak kazanır.

Başka bir deyişle davalının kullandığı kısmın taşınmazın en iyi yeri olmadıkça ecrimisile hükmedilmesi yanlıştır. Mahkemece yukarıda anlatılanlar ışığında bir araştırma yapılmaksızın eksik incelemeyle karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 17.4.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/11074 K: 2007/12122 T: 12.07.2007

**KİRA HUKUKU • KİRA PARASINA ETKİLİ UNSURLAR
• KİRA PARASININ TESPİTİNDE İZLENECEK YÖNTEM***

Özet: 18.11.1964 günlü ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına ve yerleşik Yargıtay uygulamalarına ve hak ve nesafet uygulamasına göre kira tespiti yapılırken; öncelikle, varsa emsal kira sözleşmeleri alınmak, (inşaat, mimar, hukukçu) bilirkişi kurulu oluşturulmalı, emsaller incelenmeli, kira parasına etkili tüm unsurlar belirtilmeli, dava konusu taşınmazın yeniden kiraya verilmesi (boş olarak) halinde getirebileceği kira parasının o dönem için adil ve aşırı olmayan, hakaniyete uygun miktarda olması gözetilmelidir. Düzenlenen bilirkişi raporu yeterli olmadığından hüküm bozulmalıdır.

Dava dilekçesinde kira parasının 1.5.2006 gününden başlayarak aylık 38.461 ABD Doları ya da 58.726.11 YTL olarak tesbiti istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü ile aylık kira parasının 44.000 YTL olarak tespiti cihetine gidilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davada, 1.5.2006 tarihinden başlayan döneme ilişkin aylık kira parasının tespiti istenilmiştir.

Mahkemece, hak ve nesafet uygulamasına göre 44.000 YTL kira parasına hükmedilmiştir.

Kira parasının tespiti için mahkemece bilirkişi incelemesi yapılması yerinde ise de; dayanılan bilirkişi raporu hüküm kurmaya yeterli değildir. Raporda, dava konusu taşınmazdan büyük veya gezilemeyen emsallere dayanarak taşınmazın boş olarak aylık 52.000 YTL getirebileceği (kira parasının bu denli yüksek olmasının dayanakları da yeterince açıklanmadan) belirtilmiştir.

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına ve yerleşik Yargıtay uygulamalarına göre, hak ve nesafet uygulamasına göre kira parası tespit edilirken; öncelikle tarafların tüm delilleri varsa emsal kira sözleşmelerinin aslı veya onaylı örnekleri dosyaya alınmalı, kiralananın niteliklerine göre üç kişilik (inşaat, mimar, hukukçu mülk bilirkişi) bilirkişiler kurulu oluşturularak, kiralanın taşınmaz ve taraf emsalleri tek tek gezilip incelenerek bilirkişilerce gerekli ölçüm ve inceleme yapıp, böylece elde edilen veriler somutlaştırılarak, dava konusu yer ile ayrı ayrı (konumu, tarihi, kira süreleri vb.) kira parasına etki eden tüm nitelikleri karşılaştırılmalı, emsal kira bedellerinin niçin somut emsal olup olmadığı, bedelinin telifi imkansız ise nedeni somut gerekçelerle açıklanmalı, dava konusu taşınmazın yeniden kiraya verilmesi (boş olarak) halinde getirebileceği kira parasının o dönem için adil ve aşırı olmayan, hakkaniyete uygun miktarda olması gözetilmeli, bilirkişi raporu mahkemece somut gerekçeler ışığında res'en değerlendirilmeli, hak ve nesafete uygun kira hakimce saptanmalı iken yetersiz bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm kurulması doğru değildir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 12.7.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
4. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/6861 K: 2005/3037 T: 24.03.2005

FATURA ALACAKLISININ TESPİTİ • HAYATIN OLAĞAN AKIŞI • AYNEN TESLİM DAVASI • BEDEL ÜZERİNDEN HÜKÜM KURULMASI

Özet: Bir evin mütemmim cüzü olan kapı, pencere, fayans ve seramiklerinin faturası üçüncü şahıs adına da olsa bunların bedellerinin evin maliki tarafından ödendiğinin kabulü gerekir. Aksinin düşünülmesi hayatın olağan akışına terstir.

Davacının aynen iade talebi karşısında, dava konusu eşya mevcutsa aynen iadeye karar verilmelidir. Aynen teslimin mümkün olmadığı durumda bedele hükmedilmelidir.

Davacı-karşı davalı D vekili tarafından, davalı-karşı davacı M aleyhine 26.4.2002 gününde verilen dilekçe ile ev eşyalarının aynen veya bedelinin, karşı davacı vekili tarafından verilen dilekçe ile de ziynet eşyasının veya bedelinin istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece karşı davanın atıye terk edilmesi nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı, davacı Dilvin'in davasının kabulüne dair verilen 23.12.2003 günlü kararın Yargıtayda duruşmalı olarak incelenmesi davalı-karşı davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 24.3.2005 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalı-karşı davacı asil M.Hakan ve vekilleri ile karşı taraftan davacı-karşı davalı vekili avukat geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bitişi bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-Öteki temyiz itirazlarına gelince;

a) Davacı ev eşyalarının, evin kapısının, pencerelerinin, fayans ve seramiklerinin aynen teslimi veya bedelinin ödetilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece dava konusu eşyalar ile pencereler, kapı, fayans ve seramiklerin bedeline hükmedilmiştir. Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Evin davacıya ait olmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık yoktur. Bu nedenle evin mütemmim cüzü olan kapı, pencere, fayans ve seramiklerin faturası davacı adına olsa bile bunların bedellerinin evin maliki tarafından karşılandığının kabulü gerekir. Aksi hayatın olağan akışına terstir. Bu nedenle bu kalem istekler yönünden davanın reddi gerekir. Bu yönün gözetilmemiş olması bozmayı gerektirmiştir.

b) Davacı dava konusu eşyaların mevcutsa aynen teslimini değilse bedelini istemiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden eşyaların mevcut olduğu anlaşıldığına göre aynen iadeye karar verilmesi gerekirken bedele hükmedilmesi bir diğer bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2 a ve b) nolu bentlerde gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA**, öteki temyiz itirazlarının (1) nolu bentte gösterilen nedenlerle reddine, temyiz eden davalı-karşı davacı vekili yararına takdir olunan 400,00 YTL duruşma avukatlık ücretinin, davacı-karşı davalıya yükletilmesine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 24.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/5748 K: 2006/6332 T: 30.05.2006****KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI • MADDİ TAZMİNAT
• İLAVE YAPTIRIMLAR***

Özet: *Kişilik haklarına saldırıdan doğan yaptırım belirlenirken tazminata ilave olarak bir yaptırma da hükmedilebilir.*

Somut olayın özelliği, kişilik haklarına saldırı oluşturan haberin verilişinden itibaren uzun bir sürenin geçmiş bulunması ve hüküm altına alınan tazminatla hukuka aykırılığın saptanmış olması karşısında, ayrıca yayına karar verilmesi uygun değildir.

Davacı Ahmet mirasçuları Mine vd. vekili tarafından, davalı B. Yay. AŞ vd. aleyhine 24.4.2003 gününde verilen dilekçe ile manevi tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.2.2005 günlü kararın Yargıtayda duruşmalı olarak incelenmesi bir kısım davalılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 30.5.2006 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalılar vekili ile karşı taraftan davacılar vekili geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-Davalıların diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, yayın yolu ile kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, bir kısım davalılar tarafından temyiz olunmuştur.

Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her

(*) Gönderen: Av. Çelik Ahmet ÇELİK

olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir. Çünkü kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hakimin hak ve nısfetle hüküm vereceği Medeni Kanun'un 4. maddesinde belirtilmiştir. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir.

O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

Dava konusu yazının özünde eleştiri niteliğinde bulunması ve fakat kullanılan sözler itibarıyla konu ile ifade arasındaki düşünsel bağlılığın korunmaması nedeniyle hukuka aykırılığın söz konusu olması ile yukarıda açıklanan ilkeler göz önünde tutulduğunda; takdir edilen manevi tazminat miktarı fazla görülmüştür. Ancak, bu yanılığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını da gerektirmediğinden; kararın HUMK'un 438. maddesi uyarınca düzeltilerek onanması gerekmiştir.

3-Davacı, davalıların hukuka aykırı olarak yaptıkları yayın nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğradığını ileri sürmek suretiyle manevi tazminata ve karar özetinin de yayınına karar verilmesini istemiştir. Mahkemece istem kısmen kabul edilmiştir. Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde hakimin tazminatın ödenmesi yerine diğer bir yaptırıma veya ilave bir yaptırımı öngören bir karar verebileceği gibi, saldırıyı kınayan bir hükümde kurabileceği öngörülmüştür. Medeni Kanun'un 4. maddesinde ise yasanın takdir hakkı tanıdığı durumlarda hakimin somut olaydaki olguları gözeterek hak ve adalete göre karar vereceği düzenlenmiştir.

Açıklanan şu düzenlemeye göre hakimin davaya konu olan uyuşmazlıkların çözümünde, belirleyecek yaptırımın türünü serbestçe takdir edebileceği ancak bu yaptırımın somut olay itibarıyla hak ve adalete de uygun olması gerektiği anlaşılmaktadır.

Davaya konu edilen olayda, mahkemece istenen tazminatın hüküm altına alınması ile, davalıların hukuka aykırı eylemlerinin sabit olduğu belirlenmiş, böylece hem hukuka aykırılığın saptanmış olması ve hem de yararına tazminata hükmedilmekle davacının tatmin duygusu sağlanmış bulunmaktadır. Somut olayın özelliğine, haberin verilmişinden bu yana uzun bir sürenin geçmiş bulunmasına ve Borçlar Kanunu'nun 49/2. maddesindeki ölçüler esas alındığında ayrıca yayına da karar verilmiş olması uygun görülmemiştir. Ne var ki bu husus da yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, kararın HUMK'un 438. maddesi uyarınca düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda (2 ve 3) nolu bentlerde belirtilen nedenlerle hüküm bölümünün 2. bendinde yer alan

(25.000.000.000) rakamının çıkarılarak yerine: (10.000.000.000) rakamının yazılmasına; yine 2. bendindeki: "Karar kesinleştğinde hüküm özeti nin tirajı 100 binden fazla Türkiye genelinde yayınlanan ilk 3 gazeteden birinde gideri bu davalılardan alınmak sureti ile yayınlanmasına" biçimindeki sözcük dizisinin çıkartılmasına; diğer temyiz itirazlarının (1) no lu bentte açıklanan nedenlerle reddine ve kararın düzeltilmiş bu biçiminin **ONANMASINA** ve temyiz eden davalılar yararına takdir olunan 450,00 YTL duruşma avukatlık ücretinin davacılara yükletilmesine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 30.5.2006 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/4250 K: 2006/7298 T: 15.06.2006

YARALANAN KÖY KORUCUSU • MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT • MANEVİ TAZMİNATIN BÖLÜNMEZLİĞİ İLKESİ*

Özet: İçişleri Bakanlığı'na ait aracın içinde görev bölgesine giderken yaralanarak iş-gücü kaybına uğrayan köy korucusuna 2330 Sayılı Yasa gereğince ödenen nakdi tazminatın içinde manevi tazminatın da bulunduğu yasa da belirlendiğine göre, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi dikkate alınmadan tekrar manevi tazminata hükmedilmesi doğru değildir.

Davacı Mehmet vekili tarafından, davalı İçişleri Bakanlığı aleyhine 9.2.2004 gününde verilen dilekçe ile yaralamalı trafik kazasından doğan maddi ve manevi tazminat dava ve ıslah dilekçesi ile istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; maddi tazminat isteminin aynen, manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne dair verilen 29.11.2005 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacı ve davalı vekilleri tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerekçeli nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik

(*) Gönderen: Av. Çelik Ahmet ÇELİK

görülmemesine göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-Davalının diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, trafik kazası sonucu davalının yaralanması nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davalının maddi tazminat isteminin aynen, manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiştir, karar taraflarca temyiz edilmiştir.

Davaya konu trafik kazası, geçici köy korucusu olan davalının askeri aracın içinde görev bölgesine giderken mıcıra kapılarak devrilmesi sonucu meydana gelmiştir. Olayda davacı %60 oranında malul kalacak şekilde yaralanmıştır. Davacı, dava dilekçesi ile 1 milyar lira işgücü kaybı ile 5 milyar lira manevi tazminat istemiştir. 13.07.2005 tarihli bilirkişi raporu ile davalının 84.299.641.669 TL geçici iş görmezlik zararı olduğu belirlenmiş ve davacıya İçişleri Bakanlığı Jandarma Genel Komutanlığı Nakdi Tazminat Komisyonu tarafından ödenen 10.327.450.000 TL mahsup edilerek 73.972.391.669 TL maddi zararına göre dava dilekçesi bu miktar üzerinden ıslah edilmiştir. Mahkemece, 73.972 YTL maddi. 2.000 YTL manevi tazminat hükmedilmiştir.

Davacıya 2330 Sayılı Yasa gereğince 28.06.2002 tarihli kararla 10.327.450.000 TL nakdi tazminat ödenmesine karar verilmiştir. 2330 Sayılı Yasanın 6. maddesinde bu yasa uyarınca ödenen nakdi tazminatın zarar görenin maddi, manevi zararına karşı ödendiği açıklandığına göre davacıya ödenen bu bedelin içinde manevi tazminat da bulunmaktadır. Manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi gereğince davacıya ayrıca manevi tazminat verilmesi doğru değildir. Mahkemece yapılacak iş, maddi ve manevi tazminat miktarları belirlenerek davacıya ödenen nakdi tazminat miktarından düşüldükten sonra kalan miktar kadar davacı yararına maddi tazminata hükmedilmesinden ibarettir. Açıklanan nedenle davalının manevi zararı nakdi tazminat ile karşılanmış olmasına rağmen ayrıca yeniden manevi tazminata hükmedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2) nolu bentte açıklanan nedenle davalı yararına **BOZULMASINA**, davalının diğer temyiz itirazlarının ilk bentte açıklanan, nedenle, reddine, bozma nedenine göre davalının temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına 15.6.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/8826 K: 2006/6949 T: 08.06.2006

KUSUR ORANI • CEZA MAHKEMESİ • HUKUK MAHKEMESİ İLİŞKİSİ*

(BK m. 53)

Özet: Kural olarak, hukuk mahkemesi ceza mahkemesi de belirlenen kusur oranı ile bağlı değil ise de; ceza yargılamasında saptanan maddi olgular hukuk mahkemesini de bağlar. Bu nedenle ceza mahkemesinde saptanan maddi olgu değiştirilerek yeniden kusur oranı belirlenemez.

Davacı Mücahit vekili tarafından, davalı Erdal aleyhine 05/07/2002 gününde verilen dilekçe ile yaralamalı trafik kazasından doğan maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 31/12/2004 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 görüldü.

Dava, trafik kazası sonucu yaralanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

BK'nın 53. maddesine göre ceza mahkemesinin kusur oranı ile bağlı değilse de, ceza mahkemesinde belirlenen olgular hukuk hakimini bağlar. Ceza yargılaması sırasında davalının ters yola girdiği bu nedenle %100 kusurlu olduğu kabul edilmiş ve hüküm onanarak kesinleşmiştir. Eldeki davada bu maddi olgu değiştirilerek yolda alt yapı çalışması bulunduğu, gidiş gelişin tek şerit üzerinden yapılması nedeniyle davalının zorunlu olarak ters şeride girdiği bu nedenle kusur oranının %60 olduğu belirlenerek hüküm altına alınmıştır. Tanık olarak dinlenen trafik kazası tespit tutanağını düzenleyen trafik polisi bu maddi olguyu doğrulamamıştır. Şu durumda kesinleşen maddi olguyu, değiştirmek suretiyle davalının %60 oranında kusur ile sorumlu tutulması doğru görülmemiştir. Açıklanan nedenle mahkemece davalının %100 kusurlu olduğu kabul edilerek gerçekleşen tedavi giderinin tamamından sorumlu tutulması, ayrıca manevi tazminatın da gerçekleşen bu olguya göre yeniden takdiri gerekir. Karar bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenle BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 08.06.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Çelik Ahmet ÇELİK

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/6335 K: 2007/7780 T: 07.06.2007

**LOGAR KAPAĞININ ARIZASINDAN DOĞAN ZARAR
• DAVADA GÖREV***

Özet: Davalı İzmit Su Anonim Şirketi'nin (İSAŞ) özel hukuk tüzel kişisi olduğu dikkate alındığında, logar kapağının arızalı olmasından doğan davanın idari yargıda değil, genel mahkemelerde açılması gerekir.

Davacı Mustafa vekili tarafından, davalı İzmit Su Anonim Şirketi (İSAŞ) aleyhine 07.03.2006 gününde, verilen dilekçe ile haksız eylem nedeniyle tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın yargı yolu bakımından reddine dair verilen 30.01.2007 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelemeye gerekçe görüşüldü.

Dava, haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın tazminine ilişkindir. Mahkemece dava yargı yolu bakımından reddedilmiş, kararı davacı temyiz etmiştir.

Davacı, davalı şirkete ait logar kapağının arızalı olması ve yeterli standartta yapılmaması nedeniyle uğradığı zararın tazminini istemiştir. Mahkemece davanın idari yargıda görülmesi gerektiği belirtilerek dava reddedilmiştir. Davalı Anonim Şirket olup, özel hukuk tüzel kişisidir. Davalı statüsü gereği özel hukuk hükümlerine tabidir. İdari yargıda özel hukuk tüzel kişileri aleyhine dava açılmayacağı da gözetildiğinde işin esasına girilerek varılacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın yargı yolu bakımından reddi usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle davacı yararına **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 07.06.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Yakup ŞAKAR

YARGITAY
6. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/6919 K: 2007/8568 T: 05.07.2007

KİRA HUKUKU • KİRACILIK SIFATI • TÜZEL KİŞİ • HİSSE DEVRİ İLE KİRACILIK SIFATININ DEVREDİLMİŞ OLMAYACAĞI • KİRALANAN YERİN BAŞKASINA DEVREDİLMESİ

(BK m. 256)

Özet: Kiracı limited şirketin ortaklarının hisselerinin devredilmesiyle, kiralanan yerin başkasına devredilmiş olduğu kabul edilemez. Zira, tüzel kişiliğe bağlı olan kiracılık sıfatının hisse devriyle değiştiği kabul edilemez.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar davalı tarafından süresi içinde duruşmalı olarak temyiz edilmiş ancak dava niteliği itibariyle duruşmaya rabt olmadığından duruşma isteğinin reddine karar verildikten sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüştülüp düşünöldü.

Dava akde aykırılık nedeniyle tahliye istemine ilişkin olup, mahkemece istemin kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Borçlar Kanunu'nun 256. maddesi hükmü uyarınca kiracı kiralanan kira süresi boyunca tam bir ihtimam dairesinde kullanmak zorundadır. Anılan madde hükmü gereğince akde aykırılıktan dolayı kiracının tahliyesine karar verilebilmesi için kiracıya akde aykırı davranışına son vermesi hususunda kiralayan tarafından süreli bir ihtar tebliğ ettirilmesi ve tanınan bu süre içerisinde de akde aykırılığın giderilmemiş olması gerekir. Kiralananın açıktan fena kullanılması durumunda akde aykırılığın giderilmesi amacıyla kiracıya ihtar gönderilmesine gerek yoktur.

Olayımıza gelince; davacı vekili dava dilekçesinde özetle, sözleşmenin 7. maddesi ile kiralananın devrinin yasaklandığını, davalı kiracının bu yasağı aşmak için muvazaalı şekilde şirket ortaklarının hisselerini başkalarına devrettiklerini, bu devir işlemlerinden davacı kiralayanın haberdar edilmediğini, bu şekilde sözleşmenin 7. maddesinin ihlal edilmiş olduğunu, süreli ihtar tebliğine rağmen alete aykırılığın giderilmediğini, bu ne-

denle kiralananın tahliyesini istemiştir. Davalı kiracı ise akte aykırılığın sözkonusu olmadığını, davanın reddini savunmuştur.

Taraflar arasında 19.01.1983 başlangıç tarihli 3 yıl süreli yazılı sözleşme konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmenin özel şartlar bölümünün 7. maddesinde “içletmeci, şirketin yazılı muvafakati olmadıkça başkasına devredemez, kiralayamaz, başkasının istifadesine sunamaz, herhangi bir değişiklik yapamaz, ilave inşaat yapamaz” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme kiralananın başkasına devrini yasaklamakta olup, kiracı şirketin hisse devrine ilişkin bir yasaklama getirilmemiştir. Hisse devri ile kiracılık sıfatının sona erdiğinden söz edilemez. Nitekim kiracı tüzel kişinin kiracılık sıfatı devam etmektedir. Bu durumda akde aykırılık olgusu gerçekleşmediğine göre davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile sözleşmenin 7. maddesi yanlış yorumlanarak tahliye kararı verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle davalının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 05.07.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/5078 K: 2007/9178 T: 17.07.2007****ŞUFA HAKKI • MİRAS PAYLARININ TASFİYESİNE
YÖNELİK İŞLEMLER****(TMK m. 733/3, 27.03.1957 Gün ve 12/2 Sayılı YİBK)*

Özet: Kural olarak, miras hisselerinin tasfiyesi amacıyla gerçekleştirilen devir işlemlerinde şufa hakkından söz edilemez. Söz konusu devir işlemleri tapuda şeklen satış gibi gösterilse dahi bu tür işlemlerde şufa hakkı ileri sürülemez.

Öte yandan, üçüncü kişiler arasında gerçekleştirilen devir işlemlerinde şufa hakkının kullanılması her zaman mümkündür.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı önalım davasına dair karar davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık önalım hakkı nedeniyle tapu iptal ve tescili istemine ilişkindir Mahkemece istemin reddine karar verilmesi üzerine hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, dava dilekçesinde 321 ve 1084 sayılı taşınmazlarda davalılara satılan hisselerin önalım hakkı nedeniyle adına tescilini istemiştir. Davalılar önalım hakkına konu hisselerin pay satışını yapan Behiye ile Yaşar ile kendilerinin Hatip'in mirasçıları olduklarını tapuda yapılan işlemin gerçekte satış olmadığını akrabalar arası mirasa ilişkin hibe olduğunu, açtıkları verasetin iptali davasından feragat etmeleri karşılığında bu hisselerin adlarına bedelsiz devredildiğini savunmuşlardır. Mahkemece davalı savunması doğrultusunda istemin reddine karar verilmiştir.

Önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve satışın yapılmasıyla kullanılabilir hale gelir.

Önalım hakkı alıcıya karşı ancak dava açmak suretiyle kullanılır. TMK'nın 733/3. maddesi hükmüyle yapılan satışın alıcı veya satıcı tara-

(*) Gönderen: Av. Erol ZEYBEKOĞLU, Antalya Barosu

findan diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Önalım hakkı satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden gözönünde bulundurulması gerekir.

Olayımıza gelince; mahkemece her ne kadar akrabalar arasında mirasa ilişkin hibe olduğu nedeniyle istemin reddine karar verilmiş ise de davalılar davaya konu payın satışını yapanlar ile aralarındaki mirasçılık ilişkisini kanıtlayamamışlardır. Nitekim Serik Sulh Hukuk Mahkemesi'ne açmış oldukları 09.07.2003 tarih ve 2002-430-669 sayılı verasetin iptali davası reddedilmiş ve bu karar onanacak kesinleşmiştir. Bu durumda davalılar üçüncü kişi konumundadırlar. Üçüncü kişilere bakımından 27.03.1957 tarihli 12/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirlenen ilkenin uygulama olanağı bulunmamaktadır. Davalılar kendi yaptıkları işlemin muvazalı olduğunu da ileri süremezler. Bu durumda önalım davasının açılmasında bir usulsüzlük bulunmadığına göre mahkemece esasının, incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddine karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcın temyiz edene iadesine. 17.07.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
8. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/3466 K: 2007/3916 T: 21.06.2007

İMAR HUKUKU • TAŞINMAZ PAYININ SATILMASI • İMAR UYGULAMASI KOŞULU • ÖZEL PARSELASYON • UYGULAMA İMAR PLANI

(3194 SK m.18/son)

Özet: Davacılar, davalının taşınmazdaki payının bir kısmını kendilerine sattığından bahisle (adlarına tesciline karar verilmesini) istemişler, davalı da davayı kabul etmişse de mahkeme; dava konusu yerin (henüz imar uygulamasına alınmadığı) gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Oysa ki, ilgili Belediye Başkanlığından gelen ilk yazıda (parselin imar uygulamasına alınmadığının) bildirilmesine karşın, sonradan gelen yazıda burasının "Pendik Revizyon Uygulama İmar Planında" kısmen yol ve konut alanında kaldığı açıklandığından, gerçek durumun araştırılması, sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Yaşar ve müşterekleri ile Kemal aralarındaki tapu iptali ve tescil davasının reddine dair Pendik 1. Asliye Hukuk Hâkimliğinden verilen 20.03.2007 gün ve 12/87 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacılar vekili tarafından süresinde istenilmiş olmakla, dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacılar vekili dava dilekçesinde özetle; uyuşmazlık konusu 846 ada 25 parsel sayılı taşınmazda davalının 298/5164 oranında pay sahibi bulunduğunu, davalının adına kayıtlı bu payın 190/5164 m²'lik kısmını üzerinde bırakarak kalan 108/5164'lik kısmını eşit hisselerle vekil edenlerine sattığını açıklayarak; davalı adına kayıtlı bulunan 190/5164 payın satışa konu 108/5164 paylık bölümüne ait tapu kaydının iptali ile vekil edenleri adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, 20.3.2007 günlü oturumda "arsa üzerine yaptığım kendi özel parseline isabet eden kısımdaki binadan davacılara daire sattım. Arsa payı olarak istenen miktarların iptalen adlarına tescilini kabul ediyorum" açıklamasında bulunarak davayı kabul ettiğini belirtmiştir.

Mahkemece; dava konusu yerin henüz imar uygulamasına alınmadığı diğer bir deyişle imar parseline dönüşmediği, her türlü yapılaşma amacıyla arsa ve parselleri hisselerine ayrılmasını sağlayan tasarruflara yasaklama getiren ve kamu düzenine ilişkin bulunan 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18/son maddesi uyarınca davalının kabul beyanına da itibar edilemeyeceğinden bahisle davanın reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesinin son fıkrasında, imar planı olmayan yerlerde her türlü yapılaşma amacıyla arsa ve parselleri hisselerine ayıracak özel parselasyon planları ve satış vaadi sözleşmelerinin yapılması yasaklanmış ise de söz konusu yasağın uygulanabilmesi için bu yerde imar planının bulunmaması gerekir. Dosya arasında bulunan Pendik Belediye Başkanlığı'nın 30.1.2007 gün 723-51081 sayılı cevabi yazısında, dava konusu 849 ada 25 parsel sayılı taşınmazın herhangi bir imar uygulamasına tabi tutulmadığı bildirildiği halde; 16.2.2007 gün ve 1134-51081 sayılı cevabi yazısında dava konusu parselin, 1/1000 ölçekli 23.9.2005 onay tarihli "Pendik Revizyon Uygulama İmar Planında" kısmen yol ve konut alanında kaldığı açıklanmıştır. Mahkemece aynı belediye tarafından gönderilen ancak verilen bilgi bakımından birbiri ile uyuma göstermeyen cevabi yazılardaki çelişki nedeni üzerinde durulmadan ve gerçek durumun ne olduğu hiçbir duraksamaya neden olmayacak şekilde belirlenmeden, uyumsuzluk konusu yerin imar uygulaması görmediğinden bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

Davacılar vekilinin temyiz itirazları bu bakımlardan yerinde olduğundan kabulü ile eksik araştırma ve incelemeye dayalı, yerel mahkeme hükmünün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA** ve 13,10 YTL peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine 21.06.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/2581 K: 2007/2931 T: 14.05.2007

TEBLİGAT USULÜ • MİRASÇILIK DAVASI • TARAF TEŞKİLİ

(HUMK m. 73, 7201 SK. TMK m. 427/1)

Özet: Mirasçuların sağ olup olmadıkları ve adreslerinin resmi daire ve müesseselerden bu arada Nüfus İdaresi, Tapu Sicil Müdürlüğü, Askerlik Şubesi ile Cumhuriyet Savcılığı aracılığı ile zabıta birimlerinden tetkik ve tespit edilerek belirlenecek duruma göre davalılara usulüne uygun tebligat yapılarak taraf teşkili yapıldıktan sonra yargılamaya devam edilerek bir karar verilmesi gerektiği halde, mirasçılardan birinin davada davalı olarak gösterilmemesi ve mirasçılarla ilgili herhangi bir tahkikat yapılmaksızın gazete ile ilan yoluna gidilerek taraf teşkilinin sağlanmaya çalışılması doğru olmamıştır.

Y A ile E P mirasçıları Hamdi (Ethem oğlu) ve müşterekleri aralarındaki tapu iptali ve tescil davasının kabulüne dair Gebze 1. Asliye Hukuk Hâkimliğinden verilen 04.12.1997 gün ve 187/969 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozma isteği ile istenilmiş olmakla, dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı tarafından davalılar aleyhine açılan tapu iptali ve tescil davasının kabulüne ilişkin yerel mahkemece verilen hükmün kanun yararına bozulması Adalet Bakanlığı'nın yazısı üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından istenilmekle, dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı, 260 ada 29 parselin tapulama çalışmalarında E. P. adına tescil edildiğini, taşınmazdan 435 m² bölümünü haricen satın aldığını, 20 yılı aşkın süre zilyet ve tasarrufunda bulundurarak ev yaparak ağaç diktiğini, E P'nin öldüğünü ancak varislerine ulaşamadığını açıklayarak 435 m² miktarındaki kısma ait tapu kaydının iptali ile adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.

Dava dilekçesinde gösterilen adreslere çıkartılan tebligatların yazılı cadde ve sokak isimleri bulunmadığından iade edilmeleri üzerine davalılara gazete ile ilan yapılarak dava sonuçlandırılmıştır.

Mahkemece, davacının 1968 yılından dava tarihine kadar zilyetliğinde olduğu ve kazanma koşullarının olduğu gerekçesiyle 260 ada 29 parsel iken şüvulandırma sonunda 1342-1344 adalar olan taşınmazda 287,36 m²'lik bölümüne ait tapu kaydının iptali ile davacı adına tesciline karar verilmiş, hüküm temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

Dava konusu taşınmazın evveli 378 (tashihi sonucu 260) ada 29 parsel olup, 8472 m² miktarlı tarla vasfında iken 6.2.1969 tarihinde tapulama yolu ile ölü EP adına tesbit edilmiş, tutanak 26.6.1969 tarihinde kesinleşerek tapuya tescil edilmiş, 30.7.1984 tarihinde yapılan şüvulandırma sonucunda 378 ada 133 ve 134 parsellere ifraz görmüş, daha sonra 14.10.1987 tarihinde yapılan şüvulandırma sonunda 1342 ada 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 ve 1344 ada 1, 2, 3, 4, 5 parseller oluşmuştur. Dosya içerisindeki bilgiler ve teknik bilirkişinin raporundaki açıklamalara göre dava konusu A ile gösterilen 287,36 m²'lik taşınmaz 1342 ada içinde, 1 parselin doğusunda kalmakta olup, şüvulandırma sonunda imar yolu olarak bırakılan yerde bırakılmış iken davacının talebi üzerine 12.6.1990 tarihinde bu imar yolu kaydırılmış, ama dava konusu taşınmazda parsel numarası verilmemiştir. Bu açıklamalara göre taşınmazın evveli tapulu olup, halen parsel numarası bulunmamaktadır.

Mahkemece yapılan keşifte dinlenen yerel bilirkişi ve tanıklar davacının 1968 yılından dava tarihine kadar dava konusu taşınmazda oturduğunu, kimden satın aldığını bilmediklerini ifade etmişler, teknik bilirkişiler 24.3.1997 ve 14.10.1997 tarihli rapor ve ek raporları ile dava konusu yerin 1342 adada imar yolu içinde olduğu, imar planında her ne kadar yolun kaydırıldığı bildirilmiş ise de kadastral paftasında henüz böyle bir işlemin yapılmadığı, ancak ilgisinin Belediyeye talebi üzerine bu kısmın ihdas edilerek sınırlandırılabilirliğini, üzerinde 130 m² alanlı ev olduğunu, tamamının 287,36 m² olduğu ve A harfi ile gösterdiklerini açıklamışlardır. Dava sırasında davacı tarafça, mahkemece verilen yetki üzerine tapu maliki E P'nin mirasçılık belgesi çıkartılmış, mirasçılık belgesinde yazılı mirasçılar 1.11.1995 tarihli dilekçe ile davaya dahil edilerek dava dilekçesinin gazete ile ilan tebliği yoluna gidilmiştir.

HUMK'un 73. maddesinde çok açık şekilde vurgulanan temel kurala göre; mahkeme yanları dinlemeden, onların iddia ve savunmalarını bildirmeleri için usulüne uygun olarak davet etmeden hükmünü veremez. İşte onun için davetin ve özellikle davetiyenin davadaki önemi büyüktür. Tebliğ ile ilgili 3220 sayılı Yasa ile değişik 7201 sayılı Yasanın ve bu yasaya göre çıkartılan nizamnamenin hükümleri tamamen biçimseldir. Gerek tebliğ işlemi gerek tebliğ tarihi, yasada ve nizamnamede emredilen şekillerle kanıtlanabilir. Bu konuda etkili önlemler alınmış olmasının tek ama-

cı tebliğin muhatabına ulaşması ve onun tarafından kabul edilmesini sağlamaktır. Zira yazılı tebligat, davaya ilişkin işlemleri o dava ile ilgili kişilere bildirmek için yapılan bir belgelendirme işlemidir. O halde, yasa ve nizamname hükümlerinin en ufak ayrıntılarına kadar uygulanması zorunludur. 7201 Sayılı Yasa ve nizamnamede açıklandığı üzere ilan tebliği ancak adresi meçhul olanlara yapılır. Bir şahsın adresinin meçhul olabilmesi için de, tebligat imkansızlığının anlaşılması, diğer deyişle soruşturmaya rağmen ikametgahının, meskeninin veya işyerinin bulunmaması lazımdır. Ölen kimsenin mirasçılarının ve bunların adreslerinin tahkik ve tesbit olunarak tespit edilenlere ilamların tebliği edilmesi, adresleri bulunmayanlara da ilan suretiyle tebligat yapılması icabeder. Somut olayda; mirasçılık belgesinde yazılı mirasçılardan E P'nin eşi Fatma adına yapılan herhangi bir tebligat bulunmadığı gibi mirasçılık belgesinde yazılı mirasçılarla ilgili herhangi bir araştırma da yapılmamıştır. Kural olarak tapu iptali ve tescil davası sağ ise dava kayıt malikine, ölmüş ise usulen belirlenecek mirasçılara yöneltilir. Tüm araştırma ve incelemelere rağmen mirasçıların yerleşim yeri ve adreslerinin belirlenememesi halinde mirasçıların ve Hazinesinin menfaatlerini korumak için TMK'nın 427/1. maddesi ve 3561 Sayılı Kanun hükümleri göz önünde tutularak kayyım tayin edilmesi, TMK'nın 501. maddesi gereğince son mirasçı olması ve tapu kütüğünün tutulmasındaki sorumluluğu nedeniyle Hazinesinin de davalı olarak davaya dahil edilerek, bu esaslar çerçevesinde taraf delillerinin toplanıp birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Mirasçıların sağ olup olmadıkları ve adreslerinin resmi daire ve müesseselerden bu arada Nüfus İdaresi, Tapu Sicil Müdürlüğü, Askerlik Şubesi ile Cumhuriyet Savcılığı aracılığı ile zabıta birimlerinden tetkik ve tesbit edilerek belirlenecek duruma göre davalılara usulüne uygun tebligat yapılması, belirlenememesi halinde az yukarıda açıklandığı şekilde işlem yapılarak taraf teşkili yapıldıktan sonra yargılamaya devam edilerek bir karar verilmesi gerektiği halde mirasçılardan Fatma'nın davada davalı olarak gösterilmemesi ve mirasçılarla ilgili herhangi bir tahkikat yapılmaksızın gazete ile ilan yoluna gidilerek taraf teşkilinin sağlanmaya çalışılması doğru olmamıştır.

SONUÇ: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK'un 427. maddesi gereğince sonuca etkili olmak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine, 14.05.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2002/7547 K: 2002/21908 T: 21.11.2002

İŞ HUKUKU • KIDEM TAZMİNATI • İZİN ÜCRETİ VE İKRAMİYE ALACAKLARI • ÜCRETSİZ İZİNDE GEÇEN SÜRELER

(İŞ K m 26)

Özet: Ücretsiz izinde geçen süreler; kıdem tazminatı süresinde, yıllık izine esas olacak hizmet süresinde ve ikramiye alacaklarının hesaplanmasında dikkate alınmaz.

YARGITAY KARARI

1. Davacının 14.6.1999-14.9.1999 tarihleri arasında ücretsiz izinli olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. İş Kanunu 26. maddesine göre, ücret bir iş karşılığı olup, çalışılmayan süre için ücret istenemez. Bu nedenle davacının ücretsiz izinli geçen günler için ücret isteminin reddi gerekir.

2. Davacı yıllık izin ve ikramiye alacaklarının dönemini açıklamamıştır. Öncelikle davacıya bu husus açıklattırılmalıdır. Davalı yıllık izinlerin kullanıldığını, ikramiye ve sosyal hakların ödendiğini savunmuş, bir kısım belgeler ibraz etmiştir. Ödeme itirazı yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir, buna göre, davacının hangi dönem alacak talebinde bulunduğu açıklığa kavuşturulduktan sonra davalının sunduğu ödeme belgeleri ile karşılaştırılmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir.

3. İşe giriş tarihine göre davacının 2000 yılı yıllık iznine hak kazanmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, ücretsiz izinde geçen günler kıdem süresinde nazara alınamayacağı gibi, bu süreler yıllık izirve ikramiye alacakları hesabında da nazara alınamaz. Tüm bu hususlar değerlendirilip irdelenmeden sonuca gidilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.11.2002 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/18635 K: 2006/1393 T: 26.01.2006

İŞ HUKUKU • TEMERRÜT İHTARI • FAİZİN BAŞLANGICI

***Özet:** Borçlu işverene gönderilen temerrüt ihtarnamesinde borcun ödenmesi için verilen sürenin sonundan başlatılarak temerrüt faizi işletilmelidir.*

Davacı, fazla çalışma ile yıllık izin alacağına ödemesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacı, davadan önce davalı işverene gönderdiği 1.4.2003 tarihli noter ihtarnamesi ile dava konusu alacakların 7 gün içerisinde ödenmesini talep etmiştir. Söz konusu ihtarname davalıya 2.4.2003 tarihinde tebliğ edilmiştir. Bu nedenlerle hüküm altına alınan alacaklara 10.4.2003 tarihinden itibaren faiz uygulanması gerekirken dava ve ıslah tarihinden faize karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.1.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/38538 K: 2006/3809 T: 14.02.2006

**İŞ HUKUKU • İŞÇİLİK HAKLARI • TAHAKKUK BELGESİNİN İŞÇİ
TARAFINDAN İMZALANMIŞ OLMASI • VERGİ ÖDENMESİ**

Özet: Davalı işverenin ticari defter kayıtlarında davacıya ödendiği ileri sürülen işçilik haklarının vergilerinin ödendiğinin belirtilmesi ve tahakkuk belgelerini işçinin imzalamış olması karşısında dava konusu işçilik haklarının davacıya ödenmiş olduğu kabul edilmiştir.

Taraflar arasındaki ihbar, kıdem ve sendikal tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 14.02.2006 salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat H.E.(G.) ile karşı taraf adına Avukat E.Ş. geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacı işçi ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmediğinden bahisle bu yönde isteklerde bulunmuştur. Davalı işveren ise tazminatların ödendiğini savunmuştur.

Mahkemece, işverenin ticari kayıtlarında adı geçen tazminatlarla ilgili ödeme yapıldığı belirtilmiş olmakla birlikte, ticari defterin kapanış kayıtlarının olmaması sebebiyle ödemenin yapılmamış olduğu gerekçesiyle isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Davacı işçinin imzasına itiraz etmediği ödeme belgesinde kıdem ve ihbar tazminatları yönünden tahakkuklarının yer aldığı ve davacının belirtilen tutarları aldığı yazılıdır.

Davacı işçi bu noktada irade fesadını da yöntemince kanıtlayabilmiş değildir. Gerçekten davacı tanıklarının bahsi geçen belgenin imzası ile ilgili somut bir beyanları olmamıştır,

Öte yanda davacı taraf 04.06.2001 tarihli dilekçede davalının ticari defterlerine delil olarak dayanmış ve davalı işveren tarafından defter kayıtlarında yer alan ödemelerle ilgili vergiler de ödenmiştir.

O halde davalı işverence davacıya İhbar ve kıdem tazminatlarının ödendiğinin kabulü gerekir. Dosya içinde bulunan ödeme belgesi dikkate alınmaksızın sonuca gidilmesi hatalı olmuştur.

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 450 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, 14.02.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/25759 K: 2007/109 T: 22.01.2007

İŞ HUKUKU • İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ • TAHKİM SÖZLEŞMESİ

(BK M. 19, 20)

Özet: İş güvencesi uygulamasında işçi ile işveren arasında tahkim sözleşmesi yapılması ve uyuşmazlığın özel hakemde görülmesinin belirlenmesi mümkündür. Ancak tahkim şartını içeren sözleşmenin Borçlar Kanunu yönünden geçerli olması gerekir.

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmiştir.

Mahkemece savunmaya değer verilerek, fesih tarihinde davacı ile davalı işveren arasında düzenlenen protokolde tahkim şartının kabul edildiği, uyuşmazlığın bu düzenleme nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca özel hakemde görülmesi gerektiği gerekçesi ile görülmüş karar verilmiştir.

Davacı vekili, işveren tarafından sunulan ve fesih tarihinde düzenlenen iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokolün, davalı işverenin ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirdiğini, Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddesi uyarınca tahkim sözleşmesinin geçerli olmadığı itirazında bulunmuştur.

Mahkemece davacı tarafın tahkim şartını içeren sözleşmenin geçerli olup olmadığı itirazı üzerinde durulmamış, bu konuda davacının delilleri toplanmamıştır. Belirtmek gerekir ki, geçersiz tahkim sözleşmesine dayanılarak görevsizlik kararı verilemez. Bu nedenle, davacı tarafın bu iddiası üzerinde durulmalı, bu konuda kanıtlar toplanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Tahkim şartını içeren sözleşmenin geçerli olup olmadığı belirlenmeden, görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.1.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/2147 K: 2007/2294 T: 06.02.2007

İŞ HUKUKU • ÜCRETSİZ İZİN SÜRESİ • KIDEM TAZMİNATI HESABI

Özet: Ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminat hesabında dikkate alınmaz.

Davacı, kıdem tazminatı ile bir kısım işçilik alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukat tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçinin ücretsiz izin kullandığı 1.4.1998-31.5.1998 tarihleri arasında kalan dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması hatalı olup hükmün bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 6.2.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/37424 **K:** 2007/6510 **T:** 13.03.2007

İŞ HUKUKU • HİZMET SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDEN SONRA DÜZENLENEN DEVAMSIZLIK TUTANAĞI • İŞÇİNİN KULLANMADIĞI İZİN SÜRELERİNİN ÜCRETE DÖNÜŞECEĞİ • İZİN ÜCRETİ ALACAĞI

(4857 SK m 53/ 2, 59/1)

Özet: Hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonraki günlerde işçinin işyerine devamsızlık yaptığını gösteren belge ve tutanakların işçinin işyerine devamsızlığını gösteren kanıt olduğu kabul edilemez. İşçinin kullanmadığı yıllık izin süreleri hizmet akdinin feshinde ücrete dönüşür. Ancak, işçiye izin ücreti olarak yapılan ödemelerin izin ücreti alacağından mahsubu gerekir.

Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, izin, fazla çalışma, bayram ve genel tatil gündeliklerinin, karşı davacı ise ihbar tazminatının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle asıl davada kısmen gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karşı davanın reddine ilişkin hüküm süresi içinde temyizden incelenmesi taraflar avukatınca istenilmesi ve davalı avukatınca duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 13.3.2007 salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat R.L.S. geldi. Karşı taraf adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi ihbar tazminatı talebinde bulunmuş, mahkemece işveren tarafından verilmek, istenen ücretsiz izni kabul etmeyen ve işyerinden ayrılan davacının ihbar tazminatı talep edemeyeceği gerekçesiyle isteğin reddine karar verilmiştir.

Davalı işverenin kuş gribi sebebiyle satışların düşmesine bağlı olarak çalışanlar için 16.1.2006 tarihinde ücretsiz izin uygulamasına gittiği ve davacının bunu kabul etmemesi üzerine iş sözleşmesinin işverence feshedildiği dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Davacı 18.1.2006 tarihinde Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne şikayette bulunmuş ve olayı açıklamıştır. Yine 23.1.2006 tarihinde işverene gönderdiği ihtarnamede 16.1.2006 tarihinde iş sözleşmesinin işverence feshedildiği belirtmiştir. Davalı işveren ise davacının 17.1.2006 tarihinden sonraki günlerde işyerine gelmediğinden bahisle 31.1.2006 tarihinde iş sözleşmesini feshettiğini açıklamıştır. Davacının iş sözleşmesi işverence 16.1.2006 tarihinde feshedilmiş olmakla sonraki devamsızlık günlerinin sonuca bir etkisi bulunmadığı gibi, somut olayda davacının işyerini terk ettiği kanıtlanabilmiş değildir. Bu durumda davacının ihbar tazminatı isteğinin kabulü gerekirken, yazılı şekilde talebin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3- Davacı işçinin iş sözleşmesi 2006 yılında sona ermiş ve bu davada kullanmadığı izin süresine ait ücretlerin ödenmesi isteğinde bulunulmuştur. Bilirkişi raporunda, iş ilişkisinin devamı süresince izin hakkının ücrete dönüşmeyeceği belirtilerek, 2005 yılına ait 15 günlük süre, kullanılan izinler kapsamında değerlendirilmemiştir. Mahkemece anılan hesap raporuna itibar edilerek izin ücreti isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Davacı işçinin imzasını içeren 3.9.2005 tarihli belgede 2005 yılına ait 15 günlük izin hakkını nakit olarak kullanmak istediği ve izin bedeli olan 175.08 YTL'nin ödendiği belirtilmektedir. Anılan belge içeriğine göre davacı işçi 2005 yılına ait iznini kullanmaksızın bedelini talep etmiş ve işverence ödenmiştir.

Yıllık ücretli izin, işçiye tanınmış ve anayasal temeli olan bir dinlenme hakkıdır. Bu haktan vazgeçilemeyeceği de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesinin 2. fıkrasında hükme bağlanmıştır. İş ilişkisinin devamı süresinde bu hakkın paraya dönüşmesi mümkün değildir. Gerçekten çalışan bir işçinin dinlenme hakkı ve bu süreye ait ücretinin birbirinden ayrılması söz konusu olamayacağından, işçinin talebi üzerine de olsa işverence ücreti ödenmek suretiyle dinlenme hakkının ortadan kaldırılması düşünülemez. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, işçinin kullanmadığı yıllık izin süresine ait ücretleri, iş sözleşmesinin feshinde ücrete dönüşür.

Yapılan bu açıklamalara göre, çalışmakta olan işçiye dinlenme hakkı tanınmaksızın izin ücreti adı altında yapılan ödeme işçinin dinlenme hakkını ortadan kaldırmaz ise de, davacı işçiye izin ücreti altında yapılan bu

ödemenin avans olarak değerlendirilmesi gerekir. Aksi halde davacı işçi sebepsiz zenginleşmiş olur. Böyle olunca davacıya imzasını içeren belge karşılığında 3.9.2005 tarihinde ödenen izin ücretinin, iş sözleşmesinin feshi ile hak kazanılan kullanılmayan izin süresine ait ücretlerden yasal faiziyle birlikte mahsubu ile sonuca gidilmelidir.

4-Davacı işçi fazla çalışma ücreti isteğinde bulunmuş, mahkemece davacının haftada 33 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek taktiri indirime de gidilmek suretiyle istekle ilgili bir karar verilmiştir.

Davacı işçinin işyerindeki çalışma saatleri ile ilgili olarak davacı ve davalı tanıkları farklı şekilde beyanda bulunmuşlardır. Bu tanıklardan bir kısmı gece çalışan davacının aksine, işyerinde gündüz çalışmışlardır. Davalı tanıklarından Süleyman ise, davacı ile birlikte gece görev yaptıklarını açıklamış ve gece 22.00-9.30 saatler arasında çalıştıklarını belirtmiştir. Anılan tanığın beyanına göre günlük 1 saat ara dinlenmesi de düşünüldüğünde davacının günde 10 saat 30 dakika süreyle çalıştığı anlaşılmaktadır. Haftada 6 gün üzerinden 63 saat çalışma esasına göre hesaplama yapılmalı ve ardından taktiri indirim hususu düşünülmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, Davalı yararına takdir edilen 500.00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.3.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/17647 K: 2007/14046 T: 03.05.2007

**İŞ HUKUKU • FAZLA ÇALIŞMA • DENKLEŞTİRME KURALI
• HAFTA TATİLİ**

(4857 SK m. 41, 63)

Özet: Güvenlik görevlisi olan işçinin 9 saatlik günlük çalışmada 1 saat, 15 saatlik günlük çalışmada da 1,5 saat dinlenme arası yapması kaçınılmazdır; aksinin kabulü hayatın olağan akışına ters düşer.

1475 Sayılı Yasa döneminde haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılır. Ancak birinci gün 9 saat, izleyen gün 15 saat çalışıp 24 saat dinlenen işçinin 4857 Sayılı Yasa döneminde örtülü denkleştirme kuralına göre çalıştırıldığı kabul edilerek, günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılmalıdır.

Haftada iki gün 24 saat çalışmayan işçinin hafta tatili ücretine hak kazandığı kabul edilemez. Hafta tatilinin haftanın herhangi bir gününde kullanılması mümkündür.

Davacı, fazla mesai ile hafta tatili alacağına ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacının ikili vardiyada çalıştığı dönemde birinci gün 9, izleyen gün 15 saat çalışıp 24 saat dinlendiği ve çalışmasının bu şekilde sürdüğü uyuşmazlık konusu değildir.

Davacı santral binasında güvenlik görevlisi olarak çalışmakta olup yemek ve diğer zorunlu ihtiyaçlar için 9 saat süren çalışmada bir, 15 saat süren çalışmada da 1,5 saat ara dinlenme yapmadan çalışması haya-

tın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle ara dinlenme yapmadan aralıksız çalışmasının kabulü yerinde değildir.

Bu tesbitten sonra belirlenecek haftalık çalışma süresine göre, 1475 Sayılı Yasa döneminde haftalık 45 saati aşan çalışmalar, 4857 Sayılı Yasa döneminde ise yasanın 41. ve 63. maddelerine göre örtülü denkleştirme olduğu kabul edilerek sadece günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla mesai olarak kabul edilebilir. Bilirkişinin her iki haftalık 45 ve yasa dönemindeki farklılıkları nazara alınmadan aynı tarz hesaplama yaptığı hatalı rapora itibar edilmesi yerinde değildir.

Davacının üçlü vardiyalı günlük 8 saat ve 6 gün çalıştığı dönemde de yukarıdaki esaslara göre fazla mesai yaptığının kabulü de yine isabetsizdir.

3- Davacının ikili vardiyalı olarak çalıştığı dönemde ayrıca hafta tatili alacağını da kabulüne karar verilmiştir. Davacı bu dönemde haftada iki gün 24 saat çalışmamaktadır. Bu durumda denkleştirmenin daha fazla süre ve hafta tatilini kapsayacak şekilde dinlenme yapıldığından ayrıca hafta tatili çalışma ücreti hesap edilemez. Öte yandan hafta tatilini haftanın diğer bir günü kullanmak da mümkündür. Anlatılan bu çalışma şekline göre hafta tatili alacağı ile ilgili olarak bir değerlendirme yapılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 03.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/11149 K: 2007/19516 T: 19.06.2007

**İŞ HUKUKU • ZAMANAŞIMI DEFİ • SÜRENİN GEÇİRİLMESİ
• DAVACI TARAFIN İTİRAZININ OLMAMASININ ÖNEMİ • TAKDİRİ
İNDİRİM • VEKALET ÜCRETİ**

Özet: Davalı taraf zamanaşımı defî ileri sürmüŖ, davacı taraf zamanaşımı defînin süresinde yapılmadığı yönünde açıkça itiraz etmemiştir. O halde, süresinde yapılmamıŖ olsa dahi zamanaşımı defî dikkate alınmalıdır. Fazla çalışma, bayram ve genel tatil ücretlerinden yapılan indirimden dolayı davalı vekili lehine vekalet ücretine hükmedilmelidir.

Taraflar arasındaki ihbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma parası ile bayram ve genel tatil gündeliklerinin ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmıŖ ve duruşma için 19.6.2007 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat B.Ö. ile karşı taraf adına Avukat S.A. geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünöldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aŖađıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davalı vekili tarafından bilirkiŖi raporuna itiraz dilekçesinde ve 19.10.2005 tarihli oturumda zamanaşımı defî ileri sürölmüştür. Davacı vekili tarafından zamanaşımı defînin süresinde yapılmadığı yönünde açıkça itiraz olmamıştır. Yine davacı tarafından 26.9.2005 tarihinde açılan ek davaya karşı usulüne uygun olarak zamanaşımı defî ileri sürölmüştür. Mahkemece, kısmi dava ile ek dava birleştirilerek sonuca gidilmiŖse de, her iki davada ileri sürölen zamanaşımı defî savunmaları üzerinde durulmuŖ değildir. Karar bu yönüyle hatalı olmuştur.

3- Fazla çalışma ücreti ile bayram ve genel tatil ücretlerinde yapılan indirim sonucu reddine karar verilen miktarlar sebebiyle davalı yararına

avukatlık ücretine karar verilmemesi de hatalı olup ayrı bir bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, Davalı yararına takdir edilen 500 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.6.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/10726 K: 2007/933 T: 25.01.2007

İŞ HUKUKU • ÇALIŞMA SAATLERİ İÇİNDE MONTAJDAN DÖNERKEN DENİZE GİRMEK • İŞ AKDİNİN HAKLI NEDENLE FESHİ İLE AKDİN FESHİNE GEÇERLİ NEDEN ARASINDAKİ AYIRIM

(4857 SK m. 25/II)

Özet: Davacı, ihbar ve kıdem ödetilmesini dava etmiştir. Davacının hizmet akdinin mesai saatleri içinde denize girmesi nedeniyle haklı olarak feshedildiği gerekçesiyle ihbar ve kıdem tazminatı istemleri mahkemece reddedilmişse de, davacı ile birlikte denize giren ve şahit olarak dinlenen iş arkadaşı gitikleri montaj işinin bitirilmesinden sonra işyerine dönerken, normal bir ara dinlenmesi de bulunmadığından, oluşan tozların giderilmesi için yol kenarında denize girdiklerini bildirmiştir. Davacının bir kereye mahsus bu eyleminin işverene haklı nedenle fesih hakkı verdiğini kabul etmek ağır sonuçtur. Bu durum olsa olsa akdın feshinde geçerli neden oluşturur.

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı ile fazla ve izin ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Davacının hizmet akdinin mesai saatleri içinde denize girmesi sebebiyle haklı olarak feshedildiği gerekçesiyle ihbar ve kıdem tazminatı istek-

leri mahkemece reddedilmişse de, davacı ile birlikte denize giren ve şahit olarak dinlenen iş arkadaşı, gittikleri montaj işinin bitirilmesinden sonra işyerine dönerken normal bir ara dinlenmesi de bulunmadığından oluşan tozların giderilmesi için yol kenarında denize girdiklerini bildirmişlerdir. Dinlenen davalı tanığı denize girme olayını gördüğünü bildirmişse de bu nedenle çalışmaların aksatıldığı konusunda bilgi vermemiştir. Davacının bir kereye mahsus bu eyleminin 4857 Sayılı Yasanın 25/II. maddesinde sayılan “*Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hareketler*” olarak kabulü ağır bir sonuçtur. Davacının bu fiili ancak geçerli bir fesih sebebi olabilir. Bu nedenlerle, bilirkişi raporu bir değerlendirmeye tabi tutularak ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.01.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/22719 K: 2007/9246 T: 02.04.2007

**İŞ HUKUKU • FAZLA ÇALIŞMA • FAZLA ÇALIŞMA İŞVERENCE
BİLDİRİLMİŞSE YA DA İŞVEREN BELGELERİNE DAYANIYORSA
TAKDİRİ İNDİRİM YAPILAMAYACAĞI***

***Özet:** Dava, kıdem tazminatı ile fazla çalışma parasının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Davacının yapmış olduğu hafta sonu çalışmaları davalı kurum tarafından bildirilmiş ve bilirkişi bu verileri baz alarak hesaplama yapmıştır. Davacının hak ettiği hafta sonu çalışma ücreti davalı belgelerine dayandığından takdiri indirim yapılması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*

Davacı, kıdem tazminatı ile fazla çalışma parasının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı davalı işyerinde yaptığı hafta sonu çalışmaları davalı kurum tarafından bildirilmiş ve bilirkişi bu verileri baz alarak hesaplama yapmıştır. Davacının hak ettiği hafta sonu çalışma ücreti davalı belgelerine dayandığından takdiri indirim yapılması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 2.4.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Eyüp KOÇHAN, İstanbul 8. İş Mahkemesi Yazışmaları Müdürü

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/20160 K: 2006/29341 T: 06.11.2006

İŞ HUKUKU • İŞ AKDİNİ FESHİN DAVACININ BİRÇOK EYLEMİNE DAYANMASI • DAHA ÖNCEKİ EYLEMLER NEDENİYLE İHTAR CEZASI VERİLMİŞ OLMASI • SON EYLEMİN HAKLI NEDEN AĞIRLIĞINDA OLMAMASI • İŞ AKDİNİN HAKLI NEDENLE FESHİ İLE AKDİN FESHİNE GEÇERLİ NEDEN ARASINDAKİ AYIRIM

Özet: Davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme davayı reddetmiştir. Feshin davacının birçok eylemine dayandırıldığı, ancak davacıya daha önceki eylemleri nedeni ile ihtar cezası verildiği, son olarak çay içme molasını uzun tuttuğu ve kendisini uyaran amirine saygısız davrandığı anlaşılmaktadır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre aynı eylemden dolayı birden fazla ceza verilemez. Fesih nedeni yapılan son davranışın ise haklı neden ağırlığında olmadığı, ayrıca Disiplin Kurulu kararı olmadan iş sözleşmesinin sona erdirilmesi karşısında feshin haklı nedene dayandığının kabulü doğru değildir.

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle dosya içeriğine göre feshin davacının birçok eylemine dayandırıldığı, ancak davacıya daha önceki eylemleri nedeni ile ihtar cezası verildiği, son olarak çay içme molasını uzun tuttuğu ve kendisini uyaran amirine saygısız davrandığı anlaşılmaktadır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre aynı eylemden dolayı birden fazla ceza verilemez. Fesih nedeni yapılan son davranışın ise haklı neden ağırlığında olmadığı, ayrıca Disiplin Kurulu Kararı olmadan iş sözleşmesinin sona erdirilmesi karşısında feshin haklı nedene dayandığının kabulü doğru değildir. Ancak, daha önce verilen ceza ve davacının son davranışı birlikte

değerlendirildiğinde fesih için geçerli neden bulunduğu anlaşıldığından sonucunu itibarıyla doğru olan kararın bu gerekçe ile **ONANMASINA** 6.11.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/18883 K: 2007/6105 T: 07.03.2007

İŞ HUKUKU • İŞE İADE DAVASI • KARARA GÖRE İŞBAŞI İSTEMİ • ASKERDE OLMA DURUMU • TERHİSTEN SONRAKİ ÜÇ GÜN İÇİNDE İŞYERİNE BAŞVURU ŞARTI

Özet: Davacı işçinin askerlik bitiminden sonra belirttiği gibi üç gün içerisinde işyerinde işe başlamak için gidip gitmediği, dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Davacının bu süre içinde işe başlamak için işyerine başvurmadığı anlaşılırsa, istemler tümüyle rededilmeli, askerlikten terhisinden sonraki üç gün içinde başvurmasına karşın işveren tarafından işe başlatılmamışsa bilirkişiden ek rapor alınarak, anılan istekler hüküm altına alınmalıdır.

Davacı, ihbar kıdem ve işe iade davasında kabul edilen tazminat ile dört aylık ücret alacının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Dosya içeriğinden davacının davalı aleyhine açtığı işe iade davasının kabulle, sonuçlandığı davacı işçinin işe iade kararının kesinleşmesine müteakip on günlük süre içerisinde işe başlatılmasını işverenden istediği, işverenin davacıya gönderdiği cevapta gün belirterek işyerinde işe başlamasını istediği davacı işçinin işe başlaması istenilen tarihte muvazzaf askerlik sebebiyle kıtlada bulunduğunu, işverenin belirttiği tarihte fiili imkansızlık sebebiyle, işe başlamasının mümkün olmadığını, askerlik bitim tarihi olan 20.11.2005 tarihinden sonra ve üç gün içerisinde işbaşı yapabileceğini bildirdiği anlaşılmaktadır. Ancak davacı işçinin askerlik bitiminden sonra belirttiği üç gün içerisinde işyerinde işe başlamak için gidip gitmediği, dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır.

Davacının bu süre içerisinde işe başlamak için işyerine bavurmadığı anlaşılırsa şimdiki gibi fark ihbar, fark kıdem tazminatı, boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı istekleri reddedilmeli, askerlikten terhisinden sonraki üç gün içerisinde başvurmasına rağmen işveren tarafından işe başlatılmamışsa bilirkişiden ek hesap raporu alınarak anılan istekler hüküm altına alınmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde isteklerin reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 7.3.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/23734 K: 2007/10275 T: 11.04.2007

İŞ HUKUKU • ÜCRET İSTEMİ • ÖDEME SAVUNMASI • ÖDEME SAVUNMASININ İTİRAZ MAHİYETİNDE OLDUĞU

Özet: Davacı, kıdem tazminatı ile ihbar tazminatının ödenmesini istemiştir. Mahkeme davacının Eylül 2002 ayı ücretine hüküm kurmuştur. Davalı temyiz dilekçesine ekli ücret bordrosu ile Eylül 2002 ücretini ödediğini savunmuştur. Ödeme itiraz mahiyetinde olup, yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Bu belge davacıya sorularak gerçeği yansıttığı takdirde ücret talebinin reddine karar vermek gerekir.

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, ücret, ikramiye, fazla mesai ile ücret alacağına ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Mahkeme davacının Eylül 2002 ayı ücretine hüküm kurmuştur. Davalı temyiz dilekçesine ekli ücret bordrosu ile Eylül 2002 ücretini ödediğini savunmuştur. Ödeme itiraz mahiyetinde olup yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Bu belge davacıya sorularak gerçeği yansıttığı takdirde ücret talebinin reddine karar vermek gerekir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/20426 K: 2007/28106 T: 25.09.2007

**İŞ HUKUKU • FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ • BORDRO • ISLAH KOŞULU
• ZAMANAŞIMI DEFİ**

Özet: İşçiye fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilerek ihtirazı kayıtsız olarak imzası karşılığında ya da banka hesabına ödenmesi durumunda bu miktarı aşan çalışmaların ücretlerinin davacıya ödenip, ödenmediği belirlenmelidir.

Islah ile dava konusunun arttırılması durumunda zamanaşımı definin mahkemece gözetilmesi gerekir.

Taraflar arasındaki, fazla çalışma alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizden incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 25.09.2007 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına avukat ile karşı taraf adına avukat geldiler. duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi fazla çalışma ücreti isteğinde bulunmuş, mahkemece haftada 18 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek anılan talebin kabulüne karar verilmiştir. Davalı işverence sunulan ücret bordrolarının bir kısmında fazla çalışma ücreti tahakkuku yer almaktadır. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, işçiye fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilerek ihtirazı kayıtsız olarak imzası karşılığında ya da banka hesabına ödenmesi durumunda, tahakkuku yapılan miktarı aşan çalışmaların yazılı delille kanıtlanması gerekir. Somut olayda fazla çalışmaların ispatı konusunda tanık deliline dayanılmış olup, yazılı bir delil bulunmamaktadır. Böyle olunca bir kısım bordrolarda tahakkuk ettirilen

(*) Gönderen: Av. Şükrü YILDIRIM

fazla çalışma ücretlerinin davacıya ödenip ödenmediği belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir.

3- Bilirkişi raporuna karşı davalı vekili tarafından verilen itiraz dilekçesinde, davacının yıllık izinde olduğu günler için de fazla çalışma ücreti hesaplandığı yönünde itirazda bulunulmuş, mahkemece anılan savunma üzerinde durulmamıştır. Bilirkişi raporu bu yönden denetime elverişli değildir. Bu yönden bilirkişiden ek rapor alınmalı ve davalı tarafın itirazları karşılanmalıdır.

4- İslah yoluyla dava konusunun artırılmasından sonra davalı vekili usulüne uygun olarak zamanaşımı defini ileri sürmüştür. Mahkemece anılan savunma üzerinde durulmaksızın bilirkişi raporu doğrultusunda fazla çalışma ücreti isteğinin kabulüne karar verilmiştir. Karar bu yönüyle de hatalı olup, gerekirse bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle davalı tarafın zamanaşımı defii dikkate alınarak bir karar verilmelidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 500 YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.09.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY
10. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/10659 K: 2005/13867 T: 26.12.2005

İŞ HUKUKU • ÖLEN SİGORTALININ AYLIKLARININ BANKA KARTIYLA ÇEKİLMESİ • MİRASÇILARIN SORUMLULUĞU • KANIT YÜKÜ

Özet: Ölen sigortalının aylıklarının bankamatik kartı ile çekilmesi halinde; doğal olarak banka kartının hayatta iken sigortalının yanında bulunması, öldükten sonra da birlikte oturan mirasçılarının eline geçmesi asıldır. Bu durumda ispat yükünün davalı mirasçıda olduğundan kuşkuya düşülmemelidir.

Öte yandan, davalıdan delilleri sorulmadan sadece mirasçılık sıfatına dayanılarak eksik araştırma ve inceleme ile mirasçının sorumluluğuna gidilmemelidir.

Sigortalının ölümünden sonra tahakkuk eden aylık, terekeye dahil bir değer değildir. Bu nedenle söz konusu aylıktan mirasçılarının halefiyet yoluyla mirasçılık sıfatından doğan sorumluluğundan sözedilemez.

Davacı, fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla 8.042.401.191 liranın yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılardan Emin tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Sosyal Sigortalar Kurumundan aylık almakta iken ölen sigortalının ölümünden sonraki tarihlerde de aylıklarının yaşıyormuş gibi müteveffanın hesabından çekilmeye devam edildiği, Kurumun iş bu dava ile, aylık-

(*) Gönderen: Av. Hülki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

(**) Dergimizin 2006/5 sayısının 2250 sayfasında yayımlanan Yargıtay kararına bakınız.

ların sigortalının çocukları olan davalılar tarafından çekildiği iddiasıyla çekilen aylıkların davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Bilindiği gibi müddei iddiasını ispatla yükümlüdür. Bir davada ispat yükünün kime ait olduğunun belirlenmesi ve ispat yükü altında bulunan taraftan delillerini istemesi hakimin usul hukuku hükümlerinden kaynaklanan başlıca görevlerindedir. Öncelikle somut olayda ispat yükünün kime ait olduğunun belirlenmesinde hukuksal zorunluluk vardır.

Davalı Emin, maaş çekme hususunda babasının diğer davalı Oktay'a vekaletname verdiğini, tüm işlerini Oktay'ın yaptığını iddia etmektedir. Müteveffanın hesabından aylıkların vekaletname yolu ile mi yoksa banka kartı ile mi çekildiği araştırılmalı, şayet vekaletname ile çekilmiş ise adına vekaletname düzenlenen kişi sorumlu tutulmalıdır. Aylıkların bankamatik kartı ile çekilmesi halinde ise; doğal olarak bankamatik kartının hayatta iken sigortalının yanında bulunması, öldükten sonra da birlikte oturan mirasçılarının eline geçmesi asıldır. Bu durumda davada ispat yükünün davalıya ait olduğunda kuşkuya düşülmemelidir. O nedenle davalının, babasına ait bankamatik kartına sahip olmadığını inandırıcı delillerle ispat etmesi gerekir. Örneğin davalı babasıyla birlikte oturuyorsa ve bankamatik kartının bir başkasının elinde olduğunu kanıtlayamamış ise aylıkların kendisi tarafından çekildiği kabul edilmelidir. Ancak açıklanan doğrultuda davalıdan delilleri sorulup toplanmadan sadece mirasçılık sıfatına dayanılarak eksik araştırma ve inceleme ile davanın kabulüne karar verilmiş olması usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Kuşkusuz muris sigortalının ölümünden sonra tahakkuk eden aylığı terekeye dahil bir mal olmadığından mirasçıların halefiyet yoluyla müteselsilen sorumlu oldukları ilkesinin bu davada uygulama yeri bulunmamaktadır.

Mahkemece yapılacak iş; belirtilen yönde araştırma ve inceleme yapılarak, bozmaya konu kararı temyiz etmeyen diğer davalı nedeniyle davalı Kurum lehine oluşan usulü kazanılmış hak durumu da gözetilerek hüküm kurmaktan ibarettir.

O halde, davalı Emin'in bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.12.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/11879 K: 2006/11666 T: 26.09.2006

**SİGORTALININ ÖLÜMÜNDEN SONRA BANKAMATİKTE ÇEKİLEN
AYLIKLARIN İADESİ • MİRASÇIYA DÜŞEN SORUMLULUK
• KANIT YÜKÜ • FİİLİ KARİNE***

Özet: Ölen sigortalının aylıklarının kim tarafından çekildiğine ilişkin somut bir delilin bulunmaması nedeniyle açılan davalarda; "doğal olarak bankamatik kartının hayatta iken sigortalının yanında bulunması, öldükten sonra da birlikte oturan mirasçılardan eline geçmesinin asıl olduğu ve bu nedenle ispat yükünün davalı mirasçıya ait olduğu" Yargıtay'ın yerleşik görüşüdür.

Ancak bu fiili karine, her olayın özel yapısına göre her çeşit kanıtla çürütülebilir. Burada dikkat edilecek husus, ispat yükünün davalı mirasçıya ait olmasıdır.

İcra takibine yapılan itirazın iptali ile takibin devamı ve % 40 icra inkar tazminatına hükmedilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle davanın kabulüne ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi davacı ve davalılardan G. avukatınca istenilmesi ve davalı avukatınca da duruşma talep edilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerekçeleri sebeplere göre, davacı Kurum vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan yaşlılık aylığı almaktayken ölen sigortalının ölümünden sonraki tarihlere ilişkin aylıklarının bankamatikten çekilmesi nedeniyle oluşan Kurum zararının, ölen sigortalının yasal mirasçılardan tahsiline yönelik icra takibine itirazın iptali istemli davanın yargılaması sonucunda, babasının hayatta olduğu dönemde birlikte oturmayan M. hakkındaki davanın reddine, "... hastanede yaklaşık 2 ay kadar kaldığı, bu sürenin karinenin aksini ispatlamaya yeterli olmadığı, ölen sigortalının emekli maaşlarının ... Bankası G... Şubesinde banka-matik kanalı ile çekildiği, bankamatığın şifresini ölen sigortalının yakınları dışında başka bir kişinin bilmesinin mümkün olmadığı, davalı G.'nin ölme-

(*) Dergimizin 2006/5. Sayısının 2250. Sayısında yayımlanan Yargıtay kararına bakınız.

den önce babası ile birlikte oturduğu, ayrıca yukarıda belirtilen karinenin aksini ispat edemediği sonuç ve kanaatine varıldığından, davacının davasının davalı G. yönünden kabulüne..." karar verilmiştir.

Yargılama sürecinde toplanan kanıtlardan; yaşlılık aylığı almakta olan T.'nin, 17.08.1999 tarihinde, eşi ve oğlu G. ile birlikte, daimi ikametgahı olan Hisareyn köyündeki evi dışında, geçici işi nedeniyle şehir dışında bulunan oğlu M.'ye ait İzmit'teki evde bulunduğu, anılan tarihte gerçekleşen deprem sonucunda T., eşi ve gelininin öldüğü, G.'nin ise enkazdan yaralı olarak çıkarılıp hastaneye kaldırıldığı, daha uzun süre hastanede kaldığını iddia etmesine karşın, belgelere dayalı hastanede kalma süresinin 01.10.1999 tarihine kadar devam ettiği anlaşılmaktadır.

Aylıkların bankamatik yoluyla kim tarafından çekildiğine ilişkin somut bir delilin bulunamadığı benzer durumlar nedeniyle açılan davalar nedeniyle verilen kararların temyiz incelemesi üzerine oluşturulan Yargıtay içtihatlarında, "Doğal olarak bankamatik kartının hayatta iken sigortalının yanında bulunması, öldükten sonra da birlikte oturan mirasçılarının eline geçmesi asıldır. Bu durumda davada ispat yükünün davalılara ait olduğunun kabulü..." gerekir görüşlerine yer verilmiştir.

Gerçekten de, olağan bir duruma dayanan tarafın, bu iddiasını kanıtlayama yükümlülüğü altında olmadığı, ispat yükünün, normal durumun aksini iddia eden tarafın üzerinde olduğu; başka bir anlatımla, belli olaylardan, belli olmayan bir olay için çıkarılabilen durumlara dayalı fiili karine lehine olan tarafın ispat yükü altında bulunmadığı, karinenin aksini kanıtlayama yükümünün bunu iddia edenin üzerinde olduğu, yargılama hukukunun temel ilkelerindedir. Ne var ki sigortalının ölümü, ülke tarihinde yer alan sayılı büyüklükteki bir deprem felaketi sonucunda gerçekleşmiş, tazminle sorumlu tutulan davalı ise, ölen babasıyla birlikte yıkıntı altında kalmış ve ağır yaralı olarak kaldırıldığı hastanede uzun süre tedavi görmüştür. Bu koşullar altında gerçekleşen durum karşısında, olağan durumlar nedeniyle Kurum yararına oluşan ve Yargıtay içtihatlarına konu olan karinenin varlığından söz edip, buna bağlı olarak da, davalıları ispat külfeti altına sokmanın, yasal düzenlemeler ve hakkaniyetle bağdaşır bir yaklaşım olarak kabul edilmesine olanak yoktur.

Sıralanan maddi ve hukuki olgular ışığında yapılan değerlendirme sonucunda, Kurumdan yaşlılık aylığı almaktayken ölen babalarının aylıklarının bankamatik kartıyla davalılar tarafından çekildiğinin kabulüne yeter kanıt bulunmadığı gibi; davalılar tarafından aksinin kanıtlanması gereken bir karinenin varlığından da söz etme olanağı bulunmadığı yönü gözetilerek, davanın tümünden reddi yerine, G. yönünden kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı G. vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ; Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 26.09.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/19986 K: 2007/9213 T: 04.06.2007****İŞ HUKUKU • ANAYASA MAHKEMESİ KARARI • SSK TARAFINDAN
AÇILAN İŞ KAZASI RÜCU DAVALARI • YENİ UYGULAMA**

(506 SK m 26)

Özet: Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2006 gün ve 2003/10 Esas ve 2006/106 Karar Sayılı kararı ile devreye giren yeni uygulama doğrultusunda:

SSK'nın rücu hakkının hukuksal temelini halefiyete değil, kanundan doğan (basit) rücu hakkına dayandığının kabulü ile, ilk peşin değerli gelirlerin (bağlandığı tarih itibarıyla) her bir hak sahibi yönünden tazmin sorumlularının kusurlarına isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekir. Buna göre gelirlerdeki artışlar istenemez ve maddi zarar (tavan) hesabı yapılması gerekmez.

506 Sayılı Yasa'nın 10. maddesinin uygulanmasında da artık, tavan zarar hesabı yerine kurumun sigortalıya başlangıçta bağladığı ilk peşin sermaye değeri üzerinden hesaplama yapılmasında tereddüt olmayacaktır.

Tazmin sorumlusunun sigortalıya ya da hak sahiplerine yapmış olduğu her türlü ödeme ve ibranın da kurumun rücu alacağından düşülmesine olanak bulunmamaktadır.

506 Sayılı Yasa'nın 26. Maddesine ilişkin davalarda zamanaşımının, masraflar için sarf, gelirler için ise ilk peşin sermaye değerinin başlangıçtaki gelir bağlama onay tarihinden başlatılması gerekmektedir.

Davacı, işkazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değeri gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan kurum zararının rücu ödemesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır.

Hükmün, taraflar avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteginin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından dü-

(*) Gönderen: Av. Kamil Günel ALTAN

zenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava, iş kazasından doğan rücu tazminatı istemine ilişkin olup, yasal dayanağı oluşturan 506 Sayılı Kanununun 26. maddesindeki "Halefiyet" ilkesi uyarınca, kurumun rücu alacağı, hak sahiplerinin tazmin sorumlularından, isteyebileceği maddi zarar (tavan) miktarı ile sınırlı iken; Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2006 gün ve 2003/10 Esas ve 2006/106 sayılı kararı ile anılan yasa maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptaline karar verilmiştir.

Anayasanın 152 ve 153. Maddelerinde öngörülen düzenlemelere göre; "Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları'nın" Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmesi ile birlikte, elde bulunan ve kesinleşmemiş tüm davalarda uygulanmasının zorunlu olması karşısında, "iptal kararının" Resmi Gazete'de yayınlandığı 21.03.2007 tarihinden sonra, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. Maddesi uyarınca, yürürlükteki yasaların uygulamakla yükümlü bulunan mahkemelerin ve giderek Yargıtay'ın, iptal kararı ile keenlemeyekun (yok hükmünde) olan ve böylece yürürlükten kalkan bir yasa maddesine dayanarak inceleme yapma ve karar verme yetkilerinin bulunmadığının kabulü doğal olup, bu yönde bir uygulama yapılmasına cevaz yoktur. (İÇ, BBGK'nın 1960/21 Esas ve 9 sayılı kararı; HGK'nın 21.01.2004/10-44 Esas ve 19 sayılı; ayrıca 07.04.2004 gün, 214 E ve 19 sayılı ve 2004/448 Esas ve 461 sayılı kararları.)

Gerçekten de, usuli kazanılmış hak gereğince uygulanması gereken bir kanun hükmü, sonradan (karar kesinleşmeden önce) Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse; artık usuli kazanılmış hakka göre değil, aksine, usuli kazanılmış hakkın istisnası olarak; iptal kararından sonra oluşan yeni hukuki duruma göre karar verilmesi gereği vardır. (Kuru, S. 4784)

Şu hale göre; 26. Madde de sayılan koşullarca kurumu sigortalının ardılı (halefi) olarak kabul eden anılan yasa maddesinin 1. Fıkrasındaki "itiraz konusu" kuralın iptalinden sonra bu madde uyarınca açılan davalarda artık "halefiyet ilkesi'ne" dayanılmayacağı, kurumun rücu hakkının hukuki temelini (halefiyet değil) bundan böyle; yasadan doğan, sigortalı ya da hak sahibi kimselerin alacaklarından bağımsız kendine özgü (Basit Rücu) hakkına dönüşmüş olmasının kabulüyle; bu aşamadan sonra; zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle, sigortalı veya hak sahiplerine kurum tarafından bağlanan gelirin (başladığı tarihteki) ilk peşin sermaye değerinin, tazmin sorumlularının (işverenin) kusuruna isabet eden miktarıyla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekir. Nitekim bu yönler, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesine yansıdığı şekilde "...kanuna uymayan eylemi nedeniyle, hukuksal yaptırma maruz kalan ve bu-

nun sonucu olarak da bağlanan gelirlerin sermaye değerini kuruma ödeyen, böylece olayla bağlantısı (ilişkisi) kesilen işverenin; kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla getirilen katsayılarla, sigortalıya önceden bağlanan gelirlerin sermaye değerini kuruma ödeyen, böylece olayla bağlantısı (ilişkisi) kesilen işverenin; kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla getirilen katsayılarla, sigortalıya önceden bağlanan gelirlerde sonradan yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerinden sorumlu tutularak; sürekli dava tehdidi altında bulundurulması, Sosyal Güvenlik kuruluşlarına ait olması gereken risklerin, işverene yükletilmesi; hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi "Sosyal Hukuk Devleti" prensiplerine de aykırılık oluşturur..." denilerek; gelirlerdeki artışların tazmin sorumlularından (işverenlerden) istenemeyeceği; kesin bir anlatımla ortaya konmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleriyle (konuyu açıklayıcı özelliği itibariyle, her kesimi bu arada mahkemeleri) de bağlayıcı olduğu hususu gözetildiğinde; iptal kararı ile birlikte ortaya çıkan, bu yeni hukuki durum itibariyle; konuya uygulama açısından açıklık getirmek gerekirse; öncelikle, kurumun rücu hakkının hukuksal temeli halefiyete değil kanundan doğan (basit) rücu hakkına dayandığının kabul edilmesiyle birlikte; artık ilk peşin değerli gelirlerin (bağlandığı tarih itibariyle) her bir hak sahibi yönünden tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulması gereği vardır. Bu durumda açıklıkla söyleyebiliriz ki, ilk peşin sermaye değerli gelirlerdeki artışların istenemeyeceğinde kuşku ve duraksamaya yer yoktur.

Hemen belirtmek gerekirse, bundan sonra 506 Sayılı Yasa uyarınca açılan rücu tazminat davalarına ilişkin olarak süregelen uygulamada olduğu üzere; maddi zarar (tavan) hesabı yapılması gerekmediği gibi; 506 Sayılı Yasanın 10. maddesinin uygulanmasını gerektiren durumlarda da Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önceki, süregelen içtihatlarla oluşturulup uygulanan prensiplerde temel farklı bir yaklaşım bulunmamaktadır. Ancak, 10. madde uygulamasında artık, tavan zarar hesabı yerine, kurumun sigortalıya başlangıçta bağladığı ilk peşin sermaye değeri üzerinden hesaplama yapılmasında herhangi bir tereddüt olmamalıdır. Ayrıca yapılan tüm hesaplama uygulamalarında; tazmin sorumlusunun, sigortalıya ya da hak sahiplerine yapmış olduğu, her türlü ödeme ve ibranın da kurumun rücu alacağından düşülmesine olanak bulunmadığı gözönünde tutulmalıdır.

Öte yandan, kurumun bundan böyle artık (halef sıfatı olmadığı) sigortalının alacağından bağımsız, kanundan doğan rücu hakkına sahip olduğu gözetilerek; sigortalı veya hak sahipleri tarafından tazmin sorumluları aleyhine açılan tazminat davasında alınan kusur ve hesap raporu, rücu davasında bağlayıcı olmayıp; güçlü delil niteliğinde sayılması gerekir. Ancak, bu aşamada ilave edelim ki kesinleşen önceki rücu davalarında hükmolunan miktarın mahsubu yapılırken, sigortalıya bağlanan geli-

rin ilk peşin sermaye değerinin esas alınması gerektiğinin; şayet ilk peşin sermaye değerli gelirle birlikte artışlara da hükmedilmişse, artışların hükmolunacak rücu tazminatından mahsup edilmesine olanak bulunmadığı da gözardı edilmemelidir. Bu çerçevede meseleye fiili ödemeler açısından bakıldığında ise fiili ödemenin mevcudiyeti halinde, kurumun talep edebileceği miktarın hesabının da aynı şekilde gerçekleştirilmesi gerekmekte olup; şayet ilk peşin sermaye değerli gelirin kusur karşılığı, fiili ödeme miktarından düşük ise o taktirde ilk peşin sermaye değerine itibar edilmeli; aksine fiili ödeme miktarı ile peşin değerden düşük ise o taktirde de fiili ödeme miktarı esas alınmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra, 506 Sayılı Yasaya dayalı olarak işverenler aleyhine açılan rücu tazminat davalarında; süregelen mevcut uygulama dışında, herhangi bir etkileşim ve değişim öngörülmediğinden, Borçlar Kanunu'nun 332/1 maddesinde belirlenen işçi-işveren arasındaki akde aykırılık eylemleri ve bu çevrede maddenin 2. Fıkrası gereğince işverenin akde aykırı davranışları (işçi sağlığı ve iş güvenliğinin gerektirdiği önlemlerin alınmaması vs.) sonucu, 26/1 maddeyle vaki ilişkilendirme, bir bakıma akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabii olmakla; zaman aşımının, süregelen eski uygulamalar gibi, işverenler açısından Borçlar Kanunu'nun 125. maddesine göre belirlenmesi gerektiğinde; ayrıca, zararlandırıcı sigorta olayına neden olan 3. şahıslar yönünden ise, Borçlar Kanunu'nun 60. Maddesinde öngörülen haksız fiil zaman aşımına tabii olduğunda tereddüt yoktur. Bu arada zaman aşımının başlangıcı konuuna gelince, 506 Sayılı Yasada zaman aşımının (özel olarak) düzenlenmediği düşünüldüğünde; genel hükümler çerçevesinde çözüm arama gereği vardır. Gerçekten de Borçlar Kanunu'nun 128. maddesinde; "Zaman aşımı, alacağın muaccel olduğu zamanda başlar" denilmektedir. Kurum açısından alacak hakkı, bağladığı gelirin yetkili organ tarafından onaylandığı tarihte ödenbilir hale geleceğinden, muacceliyet'in onay tarihi olacağı açıktır. O halde, 26. maddeye ilişkin davalarda zaman aşımı, masraflar için sarf; gelirler için ise ilk peşin sermaye değerinin başlangıçtaki gelir bağlama onay tarihinden başlatılmalıdır.

Faiz başlangıcının da, aynı şekilde, ilk peşin değerli gelire ait tahsisin onay tarihi olduğunda kuşku yoktur.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile ortaya çıkan bu maddi ve hukuki olgular gözetilerek, iş kazası sonucu sigortalıya 506 Sayılı Yasanın 92. maddesi de gözetilmek suretiyle bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin açıklanan ilkeler doğrultusunda tazminine olanak bulunan kısmının tespiti ile sonucuna göre karar verilmesinde yasal zorunluluk bulunduğundan, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 04.06.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/14094 K: 2007/2533 T: 26.02.2007

TRAFİK HUKUKU • ARAÇ İŞLETENİN SORUMLULUĞU • İŞLETEN SIFATI İLE SORUMLULUK*

(2918 SK m. 3, 1479 SK m.63)

Özet: Bilindiği üzere, 13 Kasım 2002 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan AYM kararına göre 1479/63. Madde de son fıkrada yer alan "araç sahiplerine" ibaresinin iptal edilmesi karşısında, artık olayda kusuru bulunmayan araç sahiplerine rücu olanağı kalmamış ise de; Kurumun anılan yasa maddesindeki "diğer sorumlulara" rücu hakkı mevcut bulunduğu gözetildiğinde, uyuşmazlığın 2918 Sayılı Yasada yer alan "Araç işletenin sorumluluğu" ilkeleri irdelenerek çözümlenmesi gereği açıktır. 2918 Sayılı Kanunun 3. maddesi hükmünde öngörülen tanım çerçevesinde "işleten" sıfatının bulunması, bir başka anlatımla araç üzerindeki fiili hakimiyeti ile aracı tehlikesi kendisine ait olmak üzere kendi ad ve hesabına işletiyor olması halinde de sorumluluk mümkündür.

Davacı, trafik kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan kurum zararının rücuca ödemesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır.

Hükmün, davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

(*) İş Hukuku Özel Sayısının 452. Sayısında yayımlanan Yargıtay 10. HD'nin kararı)

Dava, trafik kazasında vefat eden sigortalı İlyas'ın hak sahiplerine yapılan cenaze yardımı ile bağlanan ilk peşin değerli ölüm aylığının davalılardan tahsili istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağı 1479 Sayılı Yasanın 63. Maddesidir.

Bilindiği üzere, 13 Kasım 2002 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 27.03.2002 tarih 2001/343 Esas ve 202/41 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile 1479 Sayılı Yasanın 63. Maddesinin son fıkrasında yer alan "Araç sahiplerine" ibaresinin "iptal" edilmesi karşısında artık olayda kusuru bulunmayan araç sahiplerine rücu olanağı kalmamış ise de; kurumun anılan yasa maddesindeki "diğer sorumlulara" rücu hakkı mevcut bulunduğu gözetildiğinde, uyuşmazlığın 2918 Sayılı Yasada yer alan "araç işletenin sorumluluğu" ilkeleri irdelenerek çözümlenmesi gereği açıktır. 2918 Sayılı Kanununun 3. Maddesi hükmünde öngörülen tanım çevresinde "işleten" sıfatının bulunması, bir başka anlatımla araç üzerindeki fiili hakimiyeti ile aracı tehlikesi kendisine ait olmak üzere kendi ad ve hesabına işletiyor olması halinde de sorumluluk mümkündür.

Hal böyle olunca; davalı S. Kırtasiye San ve Tic. AŞ'nin olaya karışan 34 ... 35 plakalı aracın "işleten" sıfatını taşıdığı anlaşılmış olduğundan bu davalı hakkında da kurumun rücu alacağından sorumluluğuna hükmedilmesi gerekirken yanılğılı düşünceler ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı Bağ-Kur'un bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 26.02.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/18104 K: 2007/8737 T: 28.05.2007

**İŞ HUKUKU • HİZMET TESPİTİ • ÇALIŞMA SÜRESİ • TEBLİĞ
YÖNTEMİ • TANIK BEYANI***

Özet: SSK ve Vergi Dairesi belgelerinden işçi adının yer almaması hizmetin tespitine engel değildir. Tanık beyanlarıyla hizmet tespiti yapılabilir.

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 01.12.1993-01.05.2000 tarihleri arasında geçen çalışmalarının sigortalı hizmet olarak tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, bozmaya uyara ilamında belirtildiği şekilde isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, taraflar avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerekçeleri sebeplere göre, davalılar Sosyal Sigortalar Kurumu ve ŞY avukatlarının temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Hükmün tefhiminin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 489. maddesinin yollamada bulunduğu, aynı kanununun 388. maddesindeki unsurları içerir biçimde yapılmadığı gii tebliğ de edilmediği anlaşıldığından, temyiz istemini yasal sürede yaptığı kabul edilen davacı TŞ avukatının temyiz itirazlarına gelince:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle, davalı işverenin davaya konu işyerinden farklı bir işyerinin de bulunduğu ve durum itibarıyla meslek odası ve zabıta tutanağına göre, işyerinin sürekli faal olduğunun belirgin bulunduğu, vergi dairesi belgelerinde sürekli çalışan sigortalıların bildirildiği, 01.12.1994-31.12.1997 tarihleri arasında davacı çalışmasına ilişkin beyanı hükme dayanak alınan HY'nin bu döneme ait Sosyal Sigortalar Kurumu ve Vergi Dairesi belgelerinde isiminin bulunmadığı, davacı iddiasını doğrulayan tanıkların ayrıntılı ve samimi beyanları gözetildiğinde, davacının, davalı işverene ait düğün salonu işyerinde (davacı avukatının temyiz dilekçesindeki talep ile bağlı alınarak) kuruma bildirilen 30 gün hariç 01.12.1994-01.05.2000 tarihleri arasında 1920 gün kesintisiz olarak çalıştığının tespitine karar verilmesi

(*) Gönderen: Av. Fikret ASLAN

gerekirken, yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.05.2007 gününde, oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/11496 K: 2006/11948 T: 20.11.2006

TİCARET HUKUKU • KASKO SİGORTA • SİGORTA ŞİRKETİNİN RÜCU HAKKININ KAPSAMI • ONARIMDAN SONRA DEĞER KAZANMA • GERÇEK ZARARIN TESPİTİ

(TTK m. 1301)

Özet: *Rücu kurallarına göre; sigortacı ödemiş olduğu miktarı değil, ödemesi gereken miktarı gerçek zarar sorumlusundan isteyebilir.*

Bu nedenle, hasar gören aracın onarımından sonra yenilenen kısımlar itibarıyla kıymet kazanıp kazanmadığı ve değişen parçaların hurda değerinin olup olmadığı yönleri incelenmeli ve bu bakımdan gerekirse tazminat tutarından indirim yapılmalıdır.

Taraflar arasında görülen davada Ümraniye Asliye 3. Hukuk Mahkemesi'nce verilen 20.04.2005 tarih ve 2004/285-2005/187 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacının TTK'nın 1301. maddesi hükmüne dayalı olarak davalı taraf aleyhine açtığı rücu davası sonucunda mahkemece davanın kısmen kabulüne dair tesis edilen hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeiyen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava, kasko sigortasına dayalı rücu tazminat istemine ilişkindir. TTK'nın 1301. maddesi uyarınca açmış olduğu bu davada davacı sigortacı ödemiş olduğu değil, ancak ödemesi gerekli gerçek zarar sorumlusundan isteyebilir. Mahkemece, zarar miktarının tespiti bakımından bilirkişi incelemesi yaptırılarak hüküm kurulmuştur. Ancak,

hükme esas alınan bilirkişi raporunda aracın yenilenen kısımlar itibariyle kıymet kazanıp kazanmadığı, değişen parçaların hurda değerinin olup olmadığı yönleri incelenmemiştir. O halde, davalının rapora yönelik itirazı da değerlendirilip, aracın 1999 model olduğu ve çok sayıda parçasının değiştiği dikkate alınıp, değiştirilen parçalar itibariyle kıymet kazanıp kazanmadığı, hasarlı parçaların hurda değerlerinin olup olmadığı, tazminat tutarından mahsuplarının gerekip gerekmediği hususları bakımından ek rapor alınması veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalının diğer temyiz itirazlarının reddine. (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulüyle kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 20.11.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/4868 K: 2007/7498 T: 15.05.2007

**TİCARET HUKUKU • KASKO SİGORTASI • LİKİT ALACAK
• İCRA İNKAR TAZMİNATI**

(İİK m. 67)

Özet: Kasko sigortası bir meblağ sigortası olmayıp gerçek zararı karşılamaya yönelik bir sigorta türü olduğundan, tazminatın önceden belirlenebilirlik vasfı yoktur. Bu bakımdan likit alacak olarak kabul edilemez. Bu nedenle de icra inkar tazminatına hükmedilemez.

Taraflar arasında görülen davada Beyoğlu Asliye 2.Ticaret Mahkemesince verilen 09.12.2005 tarih ve 2005/75-2005/430 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkiline ait aracın, davalı sigorta şirketine kasko sigorta poliçesi ile sigortalı olduğunu, 20.08.2003 tarihinde park halinde bulunan aracın hasarlandığını, hasar bedelini ödemeyen davalı aleyhine başlattıkları takibe haksız itiraz edildiğini ileri sürerek, itirazın iptaline, takibin devamına ve icra-inkar tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, takibe konu talebin likit olmadığını savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, hem eksper raporunda üe hem de bilirkişinin yaptığı hesaplamada hasar bedelinin 3.831.864.740 TL olduğu, davalı sigorta şirketinin haksız ve kötüniyetli olarak itirazda bulunduğu, davalı yönünden alacak belirlenmiş olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüyle, takibin 3.831.864.740 TL üzerinden devamına, bu meblağa takip tarihinden itibaren temerrüt faizi yürütülmesine, davalının kabul edilen alacağın %40'ı olan 1.532.745.905 TL icra-inkar tazminatına mahkumiyetine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, kasko sigorta sözleşmesine dayalı olarak başlatılan takibe yapılan itirazın iptali tazminat istemine ilişkindir.

Kasko sigortasının, bir meblağ sigortası olmayıp, gerçek zararı karşılamaya yönelik bir sigorta türü olduğu dikkate alındığında, tazminatının da önceden belirlenebilirlik vasfı ve dolayısıyla likit alacak niteliği taşımadığı kuşkusuzdur.

Bu durum karşısında, İİK'in 67. maddesi hükmündeki koşullar gerçekleşmediğinden, davacı tarafın icra-inkar tazminat talebinin reddi gerekirken, aksi yönde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 15.05.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/14550 K: 2007/9038 T: 14.06.2007

**TİCARET HUKUKU • BANKANIN SÖZLEŞMEYE AYKIRI İŞLEMLERİ
• HAKSIZ EYLEM • MANEVİ TAZMİNAT**

Özet: Davalı bankanın kredi sözleşmesini tek yanlı feshetmesi, hesapları kat edip teminatın varlığına karşın icra takibine başvurması ve haciz işlemlerini yürütmesi, davacının devam eden taahhütlerinin feshedilmesine ve yeni ihaleler alamamasına sebebiyet vermiş olduğundan, sözleşmeye aykırı takipler ve işlemler davacının şöhret ve saygınlığını zedeleyici haksız eylemler olarak kabul edilmeli ve manevi tazminata hükmedilmelidir.

Taraflar arasında görülen davada Beyoğlu Asliye 2. Ticaret Mahkemesi'nce bozmaya uyularak verilen 21.09.2005 tarih ve 2003/514-2005/326 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi duruşmalı olarak taraflar vekilleri tarafından istenmiş olmakla, duruşma için belirlenen 12.06.2007 gününde davacı avukatı ile davalı avukatı gelip, temyiz dilekçesinin de süresinde verildiği anlaşıldıktan ve duruşmada hazır bulunan taraflar avukatları dinlenildikten sonra duruşmalı işlerin yoğunluğu ve süre darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması ileriye bırakılmıştı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlenildikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin köklü bir şirket olduğunu, taraflar arasında kredi sözleşmesi bulunduğunu, davalı bankanın hiçbir haklı nedenle dayanamadan taahhüt bedellerini ödemediğini, kredi hesaplarını kat ederek haksız icra takibi yaptığını, açılan menfi tespit davasının müvekkilinin lehine sonuçlandığını, ancak davalının bu eylemiyle müvekkilinin ticari itibarının sarsıldığını, iş bağlantılarının iptal edildiğini, kredilerin şirket özvarlığı ile tasfiye edilmek zorunda kaldığını ileri sürerek, şimdilik 10'ar milyar TL maddi ve manevi tazminatın davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, döviz kredisi kullanan davacının ihracat teşvik belgesi kapsamındaki işlerini, zamanında teslim etmediğini, bu nedenle Merkez Bankası'nca yaptırım uygulandığını, icra takibinde davacı borçlunun bir kısım alacağı kabul ettiğini, riskli kredi müşterisi olduğundan işlemlerin bankacılık uygulamalarına uygun olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davanın maddi tazminat yönünden kabulüne ilişkin verilen karar tarafların temyizi üzerine Dairemizce bozulmuş olup, bozma ya uyularak yapılan yargılama sonunda toplanan kanıtlara ve bilirkişiler kurulu raporuna dayanılarak, davalı bankanın süresinde kapatılmayan ihracatı teşvik belgesi kapsamındaki döviz ve prefinansman kredisinden dolayı resen Merkez Bankası'na ödediği ve daha sonra idari yargı ilamıyla geri aldığı KKDF ve cezai kesintilerden dolayı davalıya icra takibi yapmasının sorumluluk doğurmayacağı, ancak, kredi borcu için teminat varken icra takibine girişilmesinin davacının itibarını zedelediği, Dünya Bankası ile yapılan sözleşmeden doğan hak edişlere haciz veya temlik konularak sözleşmenin feshine neden olduğu, verilen teminat ve kefaletlerle borcun kapatıldığı o dönemde davacının bünyesi ve mali yapısının davalının hacizler ve icra takiplerinden olumsuz etkilendiği, davacı şirketin iyi ve profesyonelce yönetilmesine karşın davalı bankaca ileri sürülen ödenmemiş SSK takibi, kaldırılan senet protestoları ve karşılıksız çeklere rağmen tüm ihaleleri alabilen davacının kredi sözleşmelerinin tek yanlı feshi ve kredi hesaplarının kat'ı ve 89/1 haciz ihbarnamelerinden sonra ihale olamamasının tek nedeninin davalı bankanın bankacılık teamüllerine uygun olmayan yaptırımları olduğu, davacının uğradığı zarardan davalının sorumlu bulunduğu, manevi tazminat koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle maddi tazminat isteminin kabulüne, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasına oyçokluğu ile karar verilmiştir.

Kararı taraflar vekillerince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, taraflar vekillerinin aşağıdaki bent dışında kalan ve yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Ancak, Dairemizin 16.11.2000 ve 03.07.2003 tarihli bozma ilamlarında belirtildiği üzere, davalı bankanın kredi sözleşmelerini tek yanlı feshi ve hesabı kat'ının ardından yaptığı iş ve işlemlerin hakları kötüye kullanılması ve bankacılık teamüllerine aykırılığının ve bundan kaynaklanan zararın varlığının saptanması halinde davacının üstlendiği taahhüt işlerinin İTB'lerin iptali, kredilerin kesilmesi nedeniyle aksaması veya bir kısmının ihale makamlarınca iptalinden dolayı ortaya çıkan somut zarar kalemlerinin ve miktarının belirlenerek davalının sorumluluk kapsamının tayini yoluna gidilmeden önceki iki kararın dayandırıldığı bilirkişi raporlarında olduğu gibi 1991-1996 yılları arasındaki dönemin dava tarihine kadar olan bilanço zararının davalı bankanın haksız eyleminden doğduğuna dair soyut ve zarar verilerinin irdelenmesini içermeyen 30.06.2005 havale tarihli bilirkişi raporu ile sonuca gidilmesi doğru bulunmamış, karara bu yön bakımından davalı yararına bozulması gerekmiştir.

3- Mahkemece davalı bankanın kredi sözleşmelerini tek yanlı feshi ve hesapları kat ettikten sonra giriştiği haksız takipler ve gönderdiği İİK'in 89/1 maddesine dayalı haciz ihbarnameleriyle davacının devam eden taahhüt işlerinin feshedilmesine ve yeni ihale alamamasına neden olunduğu kabul ve tespit edildiğine göre, Borçlar Kanunu'nun 98/2. maddesi hükmü yollaması ile aynı Kanununun 49. maddesi uyarınca davalının sözleşmeye aykırı takiplerini ve işlemlerinin sektördeki şöhret ve saygınlığını dava tarihinde yürürlükte bulunan önceki Medeni Kanun'un 24. maddesi anlamında zedeleyici nitelikte haksız eylem olarak tezahür etmesi karşısında uygun ve ılımlı bir miktar manevi tazminat takdiri gerektiği düşünülmeyen manevi tazminat isteyebilmenin yasal koşullarının gerçekleşmediğine dair soyut gerekçeyle bu talep kaleminin reddi doğru görülmemiş, kararın bu yön bakımından davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentteki nedenlerle tarafların diğer temyiz itirazlarının **REDDİNE**, kararın (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı, (3) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı yararına **BOZULMASINA**, takdir edilen 500,00 YTL duruşma vekillik ücretinin taraflardan alınarak yekdiğerine verilmesine, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 14.06.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/13506 K: 2007/207 T: 15.01.2007

**TİCARET HUKUKU • HATIR TAŞIMASI • DAVADA İSTEM DIŞINA
ÇIKMAK • TALEPLE BAĞLILIK KURALI**

Özet: Davacının davadaki istemini oluşturan "tedavi" ve "yol" masraflarının dışına çıkılarak "fevkalade bakım ücreti" adı altında değişik bir zarar kalemi hesaplanması usul ve yasaya aykırıdır.

Taraflar arasında görülen davada Üsküdar Asliye 3. Hukuk Mahkemesi'nce verilen 08.02.2005 tarih ve 2002/535-2005/20 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı B. Eğitim Hiz. Tur. Tic. San. Ltd. Şti. 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 davalıların malik ve sigortacısı oldukları servis aracında yolcuymken meydana gelen kazada ağır yaralandığını, tedavi harcamaları yaptığını, büyük sıkıntılar yaşadığını ileri sürerek, şimdilik 1.000.000.000 TL maddi ve 10.000.000.000 TL manevi tazminatın davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı B. Eğitim Hiz. Tur. Tic. Ltd. Şti. vekili, davacının emniyet kemerini takmayarak yaralanmasına kendi kusurunun sebep olduğunu, istenen miktarların fahiş olduğunu, davacının her gün karşılıksız olarak taşınması nedeniyle hatır taşınması bulunduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, davalı araç sürücüsünün önünde giden araca çarpmasında tam kusurunun bulunduğu, davalıların TTK'nın 806. maddesine göre sorumlu olduğu, hatır taşınması bulunduğu hususunun ispatlanamadığı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile, 940.70 YTL maddi tazminat ve 5.000 YTL manevi tazminatın davalı şirketten tahsiline, diğer davalı hakkındaki davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

Kararı davalı B. Eğitim Hiz. Tur. Tic. San. Ltd. Şti. vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı şirket vekilinin aşağı-

daki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava; trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Medeni Kanun'un 6. maddesine göre taraflardan her biri iddiasını ispatla yükümlü olup, somut olayda davacı da, maddi zararını yapmış olduğu tedavi giderleri ile ulaşım giderleri olarak açıklamıştır.

Mahkemece alınan bilirkişi raporunda davacının mevcut yaralanma nedeniyle tedavi ve yol masrafları hesaplandığı gibi, davacının talebi dışında fevkalade bakım ücreti adı altında bir zarar kalemi daha hesaplanmış ve bu miktar mahkemece hüküm altına alınmıştır.

Davacının talep etmediği ve ispatlayamadığı bir tazminat türünün gerçek zarar adı altında davalıdan tahsiline karar verilmesi doğru görülmemiştir. O halde mahkemece bilirkişi raporunda belirtilen fevkalade bakım ücreti dışında kalan zarar miktarının hüküm altına alınması gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı şirket vekilinin temyiz itirazlarının, reddine, 2 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı şirket vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 15.01.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/6560 K: 2007/9485 T: 21.06.2007

TİCARET HUKUKU • BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ • HAKİMİN TAKDİR VE DEĞERLENDİRME ALANI

Özet: Bilirkişi görüşü hakimi bağlamaz. Hakim bilirkişi raporunu serbestçe takdir eder ve raporu yeter derecede kanaat bulmazsa, bilirkişiden ek rapor almak veya yeni bir inceleme yaptırma yolunu seçebilir.

Hakim, bir kez bilirkişiye gittikten sonra bundan dönerek uyuşmazlığın çözümünün hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgilerle çözümleneceğini ileri sürerek karar oluşturamaz.

Taraflar arasında görülen davada Beyoğlu Asliye 2. Ticaret Mahkemesi'nce verilen 23.12.2005 tarih ve 2004/222-2005/452 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkiline ait olan ve davalıya hırsızlık teminatım içeren işyeri sigortası sözleşmesiyle sigortalı işyerinde meydana gelen hırsızlık nedeniyle 6.300 adet triko hırkanın çalındığını, ancak davalı sigortacı tazminat ödenmediğini ileri sürerek, zarar bedeli 44.000.000.000 TL'nin temerrüt faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının kötüniyetle hareket ettiğini, hırsızlık olayı ve zarar miktarına ilişkin belirtilerin şüpheli olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; iddia, savunma, dosya kapsamı ve bilirkişi raporuna göre, davalı şirkete sigortalı işyerinde meydana gelen hırsızlık nedeniyle 40.635,00 YTL zararın oluştuğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne ve anılan meblağın temerrüt faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasa-ya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan ve yerinde görülme-yen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava, işyeri sigortası sözleşmesine dayalı tazminat istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise de; alınan bilirkişi raporunda, tanık beyanlarında geçen yarım saatlik sürede tazminata konu edilen miktarda hırsızlık yapılamayacağı belirtilmiş olup, mahkemece raporun bu yönüne neden itibar edilmediği açıklanmadan, işyerindeki emtianın tamamının çalındığı kabul edilerek, buna göre hüküm kurulması doğru değildir. Zira, HUMK'un 286. maddesinde belirtilen bilirkişinin görücünün hakimi bağlamayacağı hükmü, hakim bilirkişi raporunu serbestçe takdir edeceği, bilirkişi raporunu yeter derecede kanaat verici bulmazsa bilirkişiden ek rapor (HUMK'un 283. maddesi) alabileceği veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılabilmesi (HUMK 284. maddesi) şeklinde anlaşılmalıdır. Yoksa, hakim bir kez bilirkişiye gittikten sonra, bundan dönerek uyuşmazlığın çözümünün hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki ve mesleki bilgilerle çözümlenebileceği kabul edilemez. Kaldı ki, uyuşmazlığın çözümü, bilirkişi incelemesini de zorunlu kılmaktadır.

Bu itibarla, mahkemece, öncelikle rapordaki açıklamalar dikkate alınarak, ne kadar sürede hırsızlığın yapıldığı, buna göre ne kadar malın çalındığı, bu hususta hangi gerekçelerle ve delil ile tanık beyanına itibar edildiği tartışılıp değerlendirilerek, gerektiğinde ek ya da yeni bir bilirkişi raporu alınarak, bunun sonucuna göre hüküm kurulması, açıklanan hususlara göre bir kanaate yarılamiyorsa, bu durumda BK'nın 42. maddesine göre bir değerlendirme yapılması gerekirken, bilirkişi raporunda açıklanan hususlar karşılanmadan, tazminat miktarı bakımından yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının **REDDİNE**, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, temyiz itirazlarının kabulüyle, hükmün, davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 21.06.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/20991 K: 2005/23708 T: 01.12.2005

FAİZ HUKUKU • İLAMLI TAKİPTE FAİZ • KARARDA FAİZ BAŞLANGICININ GÖSTERİLMEMESİ • FAİZİN BAŞLANGIÇ TARİHİ*

Özet: Mahkemece verilen kararda faizin başlangıç tarihi belirtilmemiş ise, karar tarihinden itibaren faiz istenebilir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki borçlu Hazine vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı Vakıflar İstanbul Bölge Müdürlüğü, borçlu Hazine aleyhine İstanbul Asliye 10. Hukuk Mahkemesinden almış bulunduğu alacak ilamına istinaden başlatmış olduğu ilamlı icra takibinde borçlu Hazine vekilinin İcra Mahkemesinden fazla faiz istediğinden bahisle takibin iptalini istediği anlaşılmaktadır.

Mahkemece dosya üzerinde inceleme yapılarak istemin sonuçlandırıldığı görülmektedir.

Dayanak ilamda faizin başlangıcının gösterilmemesi nedeniyle mahkemenin karar tarihinden itibaren faiz istenebileceği yolundaki görüşü Yargıtay HGK'nın ve Dairemizin yerleşik içtihatlarına uygundur. Ancak, yapılan hesaplama açıklayıcı bulunmamaktadır.

Yapılacak iş; Yargıtay denetimine elverişli olarak ayrıntılı hesap yapılması gerektiğinde de bilirkişiden yararlanılarak rapor alınıp sonuca gidilmelidir. O halde, eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi isabet-sizdir.

SONUÇ: Borçlu Hazine vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), 01.12.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/21705 K: 2005/25031 T: 15.12.2005

İLAMLI TAKİPLER • ŞİKAYET SÜRESİ • SÜRESİZ ŞİKAYET

Özet: İlama dayanılarak yapılan takiplerde, ilama aykırılık halinde takibe karşı ileri sürülecek olan "şikayet" süreye tabi değildir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüştülüp düşünüldü:

Ecrimisil bedelinin tahsilini teminen, ilamlı takip yapılmaktadır. Borçlu; talep edilen faizin, hükümde yer almadığını, sair masrafların (harç, vekalet ücreti vs.) iptali gerektiğini belirterek, hatalı işlemlerin düzeltilmesini istemektedir.

İlama aykırılık halinde şikayet süreye tabi değildir. İcra Mahkemesince, şikayetin esasının incelenerek, oluşacak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, somut olaya uygun düşmeyen Yargıtay kararı emsal alınarak, şikayetin süre yönünden reddine dair hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), 15.12.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/24653 K: 2006/936 T: 31.01.2006****BORÇLAR HUKUKU • TİCARET HUKUKU • ÇEKTE ZAMANAŞIMI
• ÇEKTE DAVA AÇILMASI • ÇEKTE ZAMANAŞIMININ
KESİLMESİ VE DURMASI***(TTK 730/18, 662; BK m. 133; İİK m. 71, 33)*

Özet: *Kambiyo senedine ilişkin olarak dava açılması zamanaşımını keser; eğer borçlu alacaklı aleyhine dava açmış ise, davalı alacaklının defî yoluyla alacak iddiasında bulunması da zamanaşımını keser. Bu durumda dava süreci boyunca zamanaşımı süresi işlemez; yani zamanaşımı durur.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüldüğü düşünülür:

Borçlar Kanunu'nun 133. maddesine nazaran daha özel nitelikte bulunan ve TTK'nın 730/18. maddesi gereğince çekler hakkında da uygulanması gereken aynı Kanununun 662. maddesi zamanaşımının hangi sebeplerle kesileceğini sınırlı bir şekilde açıklamıştır. Bu sebeplerden biri de dava açılmasıdır. Anılan maddede mücerret dava açılmasından söz edilmekte olup, bu davanın kimin tarafından açılacak bir dava olduğu hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak borçlu tarafından açılacak davada alacaklı durumundaki davalının itirazını defî yolu ile ileri sürdüğü cihetle borçlu tarafından alacaklı aleyhine açılan davanın da bu nedenle zamanaşımını kesmesi gerekir. Nitekim Yargıtay HGK'nın 20.1.1996 tarih 1996/12-654 esas 1996/805 karar sayılı kararı ile de aynı ilke kabul edilmiştir. Somut olayda borçlu tarafından İstanbul 3.Asliye Ticaret Mahkemesinin 2002/62 esas sayılı dosyası ile 02.01.2002 tarihinde menfi tesbit davası açıldığı, alacaklının anılan davada alacak iddiasında bulunduğu ve 27.10.2003 tarihinde davanın reddine karar verildiği görülmüştür. Bu dava süreci içinde ve menfi tesbit kararının kesinleşme tarihine kadar zamanaşımı süresi işlemeyeceğinden Mahkemece kesinleşme tarihi tesbit edilip oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde sonuca gidilmesi doğru olmadığı gibi kabule göre de İİK'in 71/son göndermesiyle aynı kanunun 33/a maddesi uyarınca icranın geri bırakılmasına yerine takibin taliki isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle, İİK 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), 31.01.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/25112 K: 2006/1696 T: 07.02.2006

BONO BORCUNUN BİR BÖLÜMÜNÜN TAHSİLİ İÇİN YAPILAN TAKİP • İCRA İNKAR TAZMİNATI

Özet: Bonoda belirtilen borcun bir bölümünün tahsili amacıyla yapılan icra takibinde bono borcunun tamamı üzerinden değil, takip konusu alacak üzerinden icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüldüğü düşünülürdü:

Alacaklı 12.000.000.000 TL bedelli bononun 5.000.000.000 TL'lik miktarla ilgili olarak kısmi alacak takibinde bulunduğunu takip talebinde belirtmiştir. Mahkemece bu bononun 2.000.000.000 TL bedelli olmasına rağmen tahrifat yapılarak 12.000.000.000 TL'ye dönüştürüldüğü kabul edildiğine göre, takip miktarı dikkate alındığında 3.000.000.000 TL üzerinden yapılacak hesaplama sonucunda icra inkar tazminatına hükmetmek gerekirken, bononun tamamı takip konusu yapılmış gibi değerlendirilerek yapılarak alacaklı aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), 07.02.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/12320 K: 2007/14627 T: 13.07.2007

**İMZA TESPİTİ • YAZI TESPİTİ • GRAFOLOG RAPORU
• BELGE ASILLARININ İNCELENMESİ KOŞULU**

***Özet:** Belge fotokopileri üzerinde yapılan inceleme ile "imza" veya "yazı tespiti" yapılması doğru değildir. "İmza" veya "yazı tespiti" incelemesinin mutlaka belge asılları incelenerek gerçekleştirilmesi gerekir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüldü :

Alacaklının kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlattığı takipte dayanak senetlerdeki imza inkar edilmiştir. Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda oluşturulan raporda alacaklı tarafca ibraz edilen belge fotokopileri üzerinde inceleme yapılarak ve alacaklının ibraz ettiği belgelere ağırlık tanınarak imzanın borçluya ait olduğuna ilişkin rapor yönünde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Mahkemece yapılması gereken iş, alacaklıdan belge asılları istenerek ek rapor alınmak sureti ile imza incelemesi yönünden sonuca gidilerek bir karar vermekten ibaretken eksik, inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığı gibi kabule göre de, imzanın borçluya ait olduğu tespit edildiği halde diğer itiraz nedenleri incelenmeksizin (faize) sonuca gidilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 13.07.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/15188 K: 2007/15295 T: 10.09.2007

**İHALENİN FESHİ DAVASI • ADRES GÖSTERME KOŞULU
• ADRESİN VEKALETNAMEDE BULUNMASI**

(İİK m. 134/2)

Özet: İhalenin feshini isteyen ilgili yurtiçinde adres göstermekle yükümlüdür. İhalenin feshi davalarında mutlak bir dava koşulu olan bu kural asilin kendisini vekille temsil ettirmesi halinde de geçerlidir. Ancak, dava dilekçesine yazılmamış olan adres, vekaletnamede mevcut ise, yasadan doğan adres gösterme koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki şikayetçi vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüldü :

Şikayetçi vekilinin 19.03.2007 tarihli ihalenin feshini Sulh Hukuk Mahkemesi'nden istediği, Mahkemece, dava dilekçesinde adı geçen adresinin gösterilmediği nedeni ile şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmıştır. İİK'in 134/2. maddesinde, ihalenin feshini isteyen ilgililerin yurtiçinde bir adres göstermek koşuluyla, fesih isteyebilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Davacı asilin kendisini vekille temsil ettirmesi halinde dahi anılan maddede belirtilen bu koşulun yerine getirilmesi gereklidir. Zira vekilin vekaletten çekilmesi ihtimali gerçekleştiğinde davacı asile yapılacak tebligatlar için ve işin sürüncemede kalmamasını amaçlayan (yurtiçinde adres gösterme koşulu) yerine getirilmelidir. Somut olayda şikayet dilekçesine ekli Kartal 9. Noterliğinin 06.07.2005 tarih ve 18885 yevmiye numaralı vekaletnamede, şikayetçi asilin adresinin mevcut olup, bu adresin de yurtiçinden olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda İİK'in 134/2. maddesinde hüküm altına alınan yurtiçinde adres gösterme koşulunun yerine getirildiğinin kabulü gerekir. O halde Mahkemece, şikayetin esasının incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddi isabetsizdir.

SONUÇ: Şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), 10.09.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
13. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/7170 K: 2004/15703 T: 01.11.2004

TÜKETİCİ HUKUKU • ELEKTRİK ABONESİ • TÜKETİCİ MAHKEMESİNİN GÖREVİ

Özet: Davacı, davalı abonenin (elektrik kullanım bedelini ödemediğini) yapılan takibe de haksız itiraz ettiğini beyan ve itirazın iptaline, %40 icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Bu haliyle taraflar arasındaki hukuki ilişki, 4077 sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 2 ve 3. maddeleri hükümleri kapsamında bulunduğundan, Tüketici Mahkemesi varsa görevsizlik kararı verilmesi gerekir.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşuldu düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı abonenin elektrik kullanım bedelini ödemediğini, yapılan takibe de haksız itiraz edildiğini ileri sürerek, itirazın iptali ile %40 icra-inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir. Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, 1.064.059.562 TL üzerinden itirazın iptali ile, %40 inkar tazminatına karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- 4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun Amaç başlıklı 2. maddesinde "**Bu kanunun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar**" hükmüne yer verilmiş, yasanın 3. maddesinde mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kulla-

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

nılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade eder. Satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar. Tüketici ise mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Bir hukuki işlemin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldırılmasının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davacının (satıcı) davalıya (alıcı) elektrik sattığı ve taraflar arasındaki ilişkinin 4077 Sayılı Yasa kapsamında kaldırıldığı anlaşılmaktadır.

4077 Sayılı Yasanın 23. maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldırıldığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak sözkonusu olmaz. Mahkemece ayrı bir tüketici mahkemesi varsa görevsizlik kararı verilmesi, yok ise davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılarak karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

2- Bozma nedenine göre davalının sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın (1) nolu bentte gösterilen nedenle **BOZULMASINA**, (2) nolu bentte gösterilen nedenle, davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 1.11.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/13345 K: 2005/1895 T: 10.02.2005****SATICI VE ALICININ KARŞILIKLI BORÇLARI • KANIT YÜKÜ**

Özet: Borçlar Kanunu'nun 182/2. Maddesi hükmüne göre, aksine sözleşme ve adet bulunmuyorsa, satıcı da alıcı da aynı anda edimlerini yerine getirmekle yükümlüdür.

Alıcı ödeme def'inde bulunduğuna göre, bunu HUMK'un 288. Maddesi hükmü çerçevesinde kanıtlamakla yükümlüdür.

Bu sebeple davalıya ödemeye ilişkin yasal delilleri, davacıya da karşı delilleri sorularak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı bakkal dükkanı işlettiğini, davalının dükkanından veresiye alış veriş yaptığını, davalının veresiye yaptığı alışverişleri kalem kalem miktarıyla birlikte defterine yazdığını, davalının borcunu ödemediğini, tahsili için giriştiği icra takibine itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptali ile takibin devamını, %40 icra inkar tazminatının davalıdan alınmasını istemiştir.

Davalı, davacının dükkanından veresiye alışveriş yaptığını, ancak borcunun tamamını ödediğini bildirerek, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, bakkal dükkanından alışveriş yapan davalının borcunu ödemediğini, alacağının tahsili için giriştiği icra takibine davalının itiraz ettiğini ileri sürerek, Vaki itirazın iptalini bu dava da istemiştir. Davalı ise, davacının dükkanından veresiye alışveriş yaptığını kabul etmiş, ancak borcunun tamamını ödediğini bildirerek, 'davanın' reddini savunmuştur. BK 182/2. fıkrası gereğince; hilafına adet veya sözleşme bulunmuyorsa, satıcı ve alıcı aynı zamanda borçla yerine getirmekle yükümlüdür. Anılan

(*) Gönderen: Av. Hülki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

madde uyarınca, alım satım sözleşmesinde kural olarak ve satıcının edimlerini alıcı ve satıcının edimlerini aynı anda yerine getirmeleri kanuni karine olarak kabul edilir. Bu karinenin aksini iddia eden, bunu ispat etmekle yükümlüdür. Dava konusu uyuşmazlıkta ise, davalı alıcı veresiye satışı kabul etmiş, ne var ki veresiye satın aldığı mal bedelinin tamamını ödediğini bildirerek, ödeme definde bulunmuştur. Hal böyle olunca dava konusu alacağın miktarı itibariyle davalı ödeme defini HUMK'un 288. maddesi gereğince yasal delillerle ispat etmekle yükümlüdür. Mahkemece davalıya ödemeye ilişkin yasal delilleri, davacıya da karşı delilleri sorularak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, ispat külfetinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 10.02.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/1477 K: 2005/6336 T: 13.04.2005****GEÇERSİZ SÖZLEŞME • TARAFLARIN ALDIKLARINI
İADE YÜKÜMLÜLÜĞÜ***

Özet: Davacı, davalıdan 06.06.2000 tarihli harici sözleşmeyle 3 No'lu daireyi aldığı, satış bedeli olan 9.500.000.000 TL'nin 1.500.000.000 TL'sini peşin ödediğini, ancak davalının tapuyu 3. bir şahsa devrettiğini, sözleşmede cayma halinde ödenen bedelin üç katı bedel ödeneceğinin kararlaştırıldığını beyan ve 4.500.000.000 TL'nin ödetilmesini istemiş, mahkemece geçersiz sözleşmeye dayalı olarak cayma parası istenemeyeceği gerekçesiyle sadece ödenen 1.500.000.000 TL'nin tahsiline karar verilmiştir.

BK'nın 63 ve 64. maddeleri, iade borcunun kapsamını (fakirleşmenin değil, zenginleşmenin iyi veya kötü niyete dayalı olmasına göre) bir ayırım yapmıştır. Haksız zenginleşen, zenginleşmeyi kötü niyetle elden çıkarmış ise elden çıkardığı bu zenginleşmeyi iade tarihinde olması gereken durumuyla ve tam olarak iade etmekle yükümlüdür.

Bu sebeple mahkemece; davacının 06.06.2000 tarihinde davalıya ödediği 1.500.000.000 TL'nin taşınmazın dava dışı üçüncü kişiye satıldığı 20.08.2002 tarihinde (ifanın imkansız hale geldiği tarih) ulaşacağı alım gücünün ne olabileceği hususunda bilirkişi incelemesi yaptırılması, sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraflar avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşuldu düşünüldü.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, Mersin Barosu Başkanı

KARAR

Davacı, davalıdan 06.06.2000 tarihli harici sözleşme ile 3 nolu daireyi satın aldığını satış bedeli olarak kararlaştırılan 9.500.000.000 TL'nin 1.500.000.000 TL'sini peşin ödediğini, ancak davalının tapuyu 3. bir şahsa devrettiğini, sözleşmede cayma halinde peşin ödenen bedelin 3 katı bedel ödeneceğinin kararlaştırıldığını, davalının sözleşmeye "aykırı davranması nedeniyle 4.500.000.000 TL' nin sözleşme tarihinden faizi ile ödemişini" istemiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğundan cezai şartın geçersiz olduğunu davacının davalıya ödediği 1.500.000.000 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerekçirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Taraflar arasındaki uyuşmazlık, tapulu taşınmazın haricen satışından kaynaklanmaktadır. Yasanın aradığı şekil şartlarına uyularak, resmi merciler önünde yapılmış bir satış sözleşmesi olmadığından, yapılan arsa satış işlemi MK 706, BK 213, Tapu Kanununun 26. maddesi hükmüne göre geçersizdir. Bu nedenle taraflar ancak verdiklerini isteyebilirler. Bu durumda taraflar arasındaki uyuşmazlığın haksız iktisap kurallarına uygun çözümlenmesi ve tasfiye edilmesi gerekir. Hukuken geçersiz sözleşmeden kaynaklanan bu nitelikteki bir uyuşmazlığın haksız iktisap kurallarına göre çözümlenip tasfiye edilebilmesi için öncelikle haksız iktisabın kapsamını tespitteki ilke ve esaslarını açıklanmasında yarar görülmüştür.

Geçerli bir sebebe dayanmaksızın bir kişinin mal varlığından diğerinin mal varlığına kayan değerlerin iadesi "denkleştirici adalet" düşüncesine dayanır. Denkleştirici adalet ilkesi ise, haklı bir sebep olmaksızın başkasının mal varlığından istifade ederek kendi mal varlığını artıran kişinin elde ettiği bu kazanımı geri verme zorunda olduğunu ve gerçek bir eski hale getirme yükümlülüğü bulunduğunu ifade eder.

İlke böyle olmakla beraber iade edilecek zenginleşme miktarının hesaplanmasında öğretide birlik olduğu söylenemez, iade edilecek zenginleşme miktarı konusunda öğretideki bu ayrık düşünceleri kısaca "fakirleşme kadar olmalıdır" veya "fiili değer artışı yani gerçek zenginleşme miktarı ne ise o olmalıdır, veyahut ihlal edilen hakkın sahibine bahşettiği yararlanma yetkisi ile bağdaşmayan her türlü zenginleşme miktarı kadar olmalıdır" şeklinde özetlemek mümkündür. Olayı çözümlerken öğretideki bu görüşlerden şüphesiz yararlanılmalıdır.

Bilindiği gibi ülkemizde yaşanan enflasyon uzun yıllardan beri yüksek oranda seyretmekte ve paramızın değeri (alıra gücü) de bununla ters orantılı olarak devamlı düşmektedir. Belli bir miktar paranın aradan geçen zamana bağlı olarak iade anındaki alım gücünün farklı ve çok daha az olduğu bir gerçektir.

Bugüne kadar uygulanan kurallara göre geçersiz sözleşme gereğince alıcının akit tarihinde verdiği paranın aynı miktarda iadesine karar verilmesi, gerçek hayatta büyük sıkıntılara tutarsızlıklara adalete karşı var olması gereken güvenin sarsılmasına neden olmuş, kamu vicdanında haklı eleştiri konusu yapılmıştır. Hukuk kuralları, gerçek hayata uygun olduğu toplumun adalet ihtiyacına cevap verebildiği sürece hayatiyetini devam ettirip, saygınlık sağlar ve hukuk kuralı olma özelliğini korur. O nedenle hukuk kuralları, görevli organlarınca değiştirilinceye, bu konuda yeni düzenlemeler yapılınca kadar zedelenmeden gerçek hayata uygun olarak yorumlanıp uygulanmalıdır. Bu görevin ise yargıya ait olduğunda duraksamaya yer yoktur. Nitekim gerek Yargıtay kararlarında ve gerekse öğretide bu görüşe paralel düşünceler bulunmaktadır. Bu düşüncelerin isimleri farklı ise de varılmak istenen sonuç aynıdır. Akit öncesi sorumluluk kurallarının geçersiz sözleşmelerde de uygulanması gerektiği geçersiz sözleşmelerden dolayı olumsuz zararın istenebileceği bu zarar kapsamında kaçırılan fırsat karşılığının da bulunduğu, olumsuz zararın bazı özel durumlarda olumlu zarar kadar dahi olabileceği, MK'nın 2. maddesine göre akdin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği hallerdeki zarar kavramları hep bu zaruretin sonucu ortaya konulan düşünce ve uygulamalardır. Yargının asıl görevi toplumun huzurunu sağlamaktır. Bunun için de uygulanması gereken kurallar, mevcut yasaların ışığında bu yasa hükümlerine aykırı düşmeyecek şekilde yorumlanıp uygulanmalıdır.

BK'nın 63. ve 64. maddeleri iade borcunun kapsamını fakirleşmenin değil, zenginleşmenin iyi veya kötü niyete dayalı olmasına göre bir ayırım yapmıştır. Haksız zenginleşen, zenginleşmeyi kötü niyetle elden çıkarmış ise elden çıkardığı bu zenginleşmeyi iade tarihinde olması gereken durumuyla ve tam olarak iade etmekle yükümlüdür. İade borcunun kapsamı tayin edilirken olumlu ve olumsuz zenginleşmenin tamamı dikkate alınmalıdır. Değişik bir anlatımla haksız zenginleşen kötü niyetli ise elden çıkardığı, zenginleşmeyi de elde kalan zenginleşme ile birlikte iadeye mecbur tutulmuştur. Hemen belirtelim ki, zenginleşenin iyi niyetli sayılıp sayılmayacağı, zenginleşmeyi iyi veya kötü niyetle mi elden çıkarttığı hususu MK'nın 3. maddesi hükmü uyarınca belirlenecektir. Haksız zenginleşen elde ettiği yararın geçerli bir sebebe dayanmadığını ve iade ile yükümlü olduğunu biliyor veya bilebilecek durumda ise iyi niyetli sayılmayacaktır. Kural olarak iade alacaklısı iade borçlusu zenginleşenin iyi niyetli olmadığını ispat etmelidir. Ne varki olayın özellikleri zenginleşenin iyi niyetli olmadığını açıkça gösteriyor ise ayrıca bu yönün ispatına gerek bulunmamalı, iddianın ispat edilmiş olduğu kabul edilmelidir.

Hukuken geçersiz sözleşmeler haksız iktisap kuraları uyarınca tasfiye edilir iken denkleştirici adalet kuralı hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir. Bu husus hem hakkaniyetin hem gerçek adaletin bir gereğidir. Bu bakımdan iadeye karar verilirken satış bedeli olarak verilen paranın alım gücünün ilk ödeme tarihindeki alım gücüne ulaştırılması ve o şekilde iadeye karar verilmesi uygun olacaktır. Aksi takdirde kısmi iade durumu oluşacak, iadesi dışındaki zenginleşme iade borçlusu yedinde haksız zenginleşme olarak kalacak, iade borçlularının iade de direnmelerine neden olacaktır. Ancak burada denkleştirme yapılırken bir hususa daha dikkat edilmelidir. İade alacaklısının geçersiz sözleşmenin ifa edilmeyeceğini öğrendiği tarihte iade kapsamını tesbitte önemli olduğu unutulmamalıdır. Zira geçersiz sözleşmenin artık ifa edilmeyeceğini bile bile haksız zenginleşmenin iadesini istemeyen alacaklı zararının artmasına kendisi sebep olduğundan bu artan zararını iade borçlusundan istememelidir.

Bu durum karşısında kural olarak mahkemece yapılacak iş, davacının 06.06.2000 tarihinde davalıya ödediği, 1.500.000.000 TL'nin taşınmazın dava dışı üçüncü kişiye satıldığı 20.08.2002 tarihinde (ifanın imkansız hale geldiği tarih) ulaşacağı alım gücünün değerinin ne olabileceğinin az yukarıda açıklanan ilke ve esaslar ışığında ve gerektiğinde uzman bilirkişi kurulundan nedenleri açıklayıcı, taraf ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak belirlenecek bu değere hükmetmekten ibarettir. Bu durumda mahkemece 06.06.2000 tarihinde ödenen paranın ifanın imkansız hale geldiği tarihteki alım gücünün ne olabileceği hususunda yukarıda açıklanan ilke ve esaslar dahilinde inceleme yapılarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Mahkemenin bu yönleri göz ardı ederek, yazılı şekilde hüküm kurması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalının tüm, davacının sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 13.04.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/7164 K: 2006/11236 T: 07.07.2006

**KREDİ KARTINDAN DOĞAN BORÇ
• ASLİYE TİCARET MAHKEMESİNİN GÖREVİ***

Özet: Dava, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilmiş bulunan Pamukbank'tan kredi kartı borcunu ödemeyen kişi aleyhine yapılan icra takibine itiraz eden borçlu aleyhine açılmış (itirazın iptali) davası olup, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 111. maddesinde sayılan hususlar olduğundan ve bu davaların Asliye Ticaret Mahkemelerinde görüleceği hükmünde belirtildiğinden Asliye Ticaret Mahkemesince görevsizlik nedeniyle (dilekçenin reddine karar verilmesi) kanuna aykırıdır.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Pamukbank'ın kredi dosyalarını temlik aldığını, davalının ise kredi kartı borcunu ödemediğini, yapılan icra takibine de itiraz ettiğini öne sürerek, itirazın iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, Tüketici Mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Pamukbank'ın, davacı Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredildiği anlaşılmaktadır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 111. maddesinde "tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, mali bünyelerin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması Fon varlık ve kaynaklarının idare

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL, MERSİN Barosu Başkanı

edilmesi ve kanunla verilen diğer görevlerin ifası için kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu kurulmuştur" denilmekte olup, anılan yasanın 142. maddesinde de "**Fon, fon bankaları ve faaliyet izni kaldırılan bankaların iflas ve tasfiye idareleri tarafından açılacak hukuk davalarına asliye ticaret mahkemesince bakılır. O yerde birden fazla asliye ticaret mahkemesi bulunması halinde, bu davalar (1) ve (2) numaralı asliye ticaret mahkemelerinde görülür**" hükmü getirilmiştir.

Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden; Fon bankaları ile ilgili uyuşmazlıkların karmaşık nitelik taşıması itibarıyla kısa sürede doğru ve kesin yargısal sonuca varılabilmesi için zenginleşmiş bilgi birikimine ihtiyaç duyulduğu ve dolayısıyla Fon bankalarınca açılacak davaların ihtisas mahkemelerince çözümlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Eldeki dava da Fon Bankasının alacağını tahsile yönelik olduğuna göre, Mahkemece işin esasına girilip karar verilmesi gerekirken, dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

2- Bozma nedenine göre, davacının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Birinci bentte açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, ikinci bentte açıklanan nedenlerle davacının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, 7.7.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2006/12605 K: 2006/16491 T: 19.12.2006****HİZMET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN DAVA
• ASLİYE HUKUK MAHKEMESİNİN GÖREVİ***(4857 m. 1, 5521 m. 1)*

Özet: Taraflar arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesinden kaynaklandığı dikkate alınarak, Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan davanın görev yönünden reddine karar verilmelidir.

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı esas davanın kabulüne karşı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı(karşı davacı) avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgilere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı Fikret ile davacı vekili avukat Dilmın'ın gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanark dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Taraflar arasındaki ilişki hizmet sözleşmesine dayanmaktadır. Bu gibi hizmet sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davaların İş Mahkemelerinde görülmesi 4857 ve 5521 Sayılı Kanunların 1. maddeleri hükümleri gereğidir. Kadıköy'de ayrıca İş Mahkemesi bulunduğuna göre bu husus gözetilerek dava dilekçesinin görev yönünden reddi gerekirken mahkemece işin esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu yönlerin gözden kaçırılması bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın gösterilen nedenle **BOZULMASINA;** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden tarafa iadesine, 19.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
15. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/2258 K: 2007/2315 T: 10.04.2007

KANIT YÜKÜMÜ • YAZILI KANIT • “YEMİN” KANITINA DAYANMA

(BK m. 355)

Özet: Davacı, Borçlar Yasası'nın 355. Maddesi hükmünde tanımlandığı üzere; yanlar arasında yapıldığı ileri sürülen “eser” sözleşmesi gereğince yaptığı işin tutarı (12.415) Euro'nun tahsiline ilişkin icra takibine itiraz edildiğini beyan ve itirazın iptalini talep ettiğinden, uyuşmazlık konusu sözleşme bedeli tutarına göre, akdi ilişkinin kurulduğunu HUMK'un 288. maddesi hükmü uyarınca (yasal ve yazılı delille) kanıtlamakla yükümlüdür. Tanık deliline dayanılmaz. Ne var ki, davacı, yasal ve kesin delillerden olan (yemin deliline dayanmış olduğundan) davacıya (davaluya yemin teklifi hakkının hatırlatılması) sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizden tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşüldü:

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davacı, Borçlar Yasası'nın 355. maddesi hükmünde tanımlandığı üzere; yanlar arasında yapıldığı ileri sürülen “eser” sözleşmesi gereğince, davalı iş sahibinin toplam (9) dairesinin kapı, pencere ve doğrama işini toplam (12.415) Euro bedelle yaparak teslim ettiğini, iş bedelinin ödenmemesi sebebiyle hakkında yaptığı icra takibine de itiraz ettiğini ve itirazının haksız olduğunu ileri sürerek, İİK'in 67. maddesi gereğince takip borçlusu davalının icra takibine vâki itirazının iptalini istemiştir.

Uyuşmazlık konusu sözleşme bedeli tutarına göre, HUMK'un 288. maddesi gereğince, yanlar arasında akdi ilişkinin kurulduğunu davacı, yasal ve yazılı delille kanıtlamakla yükümlüdür. Davacı tarafca, davalının yazısı veya imzasını içeren ve HUMK'un 292. maddesi uyarınca "yazılı delil başlangıcı", niteliğinde bir belge sunulmadığından ve ayrıca aynı Kanununun 289. maddesi gereğince de davalının açık onayı bulunmadığından akdi ilişkinin kurulduğunu kanıtlamak için "tanık" deliline dayanılmaz. Ne var ki, davacı dava dilekçesinde yasal ve kesin delillerden olan yemin deliline dayanmış olduğu halde, davalıya "yemin" teklif etme hakkı davacıya mahkemece hatırlatılmamıştır. O halde mahkemece, yanlar arasında uyumsuzluk konusu olan akdi ilişkinin kurulmuş olduğunu kanıtlayabilmek için davalıya yemin önerme hakkı olduğu hatırlatılıp, buna ilişkin yargılama işlemi yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken; davacıya yemin önerme hakkını kullanma olanağı verilmeden yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış ve kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1.) bentte belirtilen nedenlerle davacının sair temyiz itirazlarının reddine, (2.) bentte açıklanan sebeple temyiz itirazının kabulüne ve kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, 10.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY
18. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/6261 K: 2007/6898 T: 12.07.2007

KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • ORTAK YERLER • KAT MALİKLERİNİN VE YÖNETİCİNİN YETKİLERİ

(Kat Mülkiyeti K m. 19/2)

Özet: *Bütün kat maliklerinin rızası olmadıkça, kat maliklerinden biri, anataşınmazın ortak yerlerinde onarım, tesis ve değişiklik yapamaz.*

Bu konuda ortaya çıkan bir müdahalenin önlenmesini kat malikleri veya kat maliklerinden alacağı yetkiye dayanarak yönetici isteyebilir.

Dava dilekçesinde ortak alanlara elatmanın önlenmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı vekili dava dilekçesinde, davalı kooperatife ait özel depolarla, kat maliklerine ait sığınak, kalorifer dairesi, banyo gibi ortak alanların ve yerlerinin yapılacak keşifle tespit edilerek davalının kat maliklerine ait ortak alanlara elatmasının önlenmesine karar verilmesini istemiş, mahkemece davacı apartman yönetiminin tüzel kişiliği bulunmadığı gerekçesiyle dava husumet yönünden reddedilmiştir.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 19. maddesinin 2. fıkrasına göre kat maliklerinden biri, bütün kat maliklerinin rızası olmadıkça anataşınmazın ortak yerlerinde onarım, tesis ve değişiklik yaptıramaz. Davalı tarafından anataşınmazın ortak yerlerinde yapıldığı iddia edilen müdahalenin önlenmesini kat malikleri veya kat maliklerinden alacağı yetkiye dayanarak yönetici (kat maliki olsun olmasın) isteyebilir. Dosya içindeki bilgi ve belgelerden; davacının kat mülkiyetli anataşınmazın 32 numaralı bağımsız bölümünde malik olduğu gibi 23.10.2005 tarihli kat malikleri kurulu toplantısında da yöneticiye ortak yerlerle ilgili hukuki sorunların

çözümlemesi konusunda yetki verildiği anlaşılmaktadır. Buna göre mahkemece işin esasına girilerek tüm deliller toplanıp oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken davacının yönetici olduğu ve davayı yönetim adına açtığı ileri sürülerek davalının husumet ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 12.7.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ**E: 2007/5064 K: 2007/7543 T: 24.09.2007****KAT MÜLKİYETİ HUKUKU • KAT MALİKİNİN BORCU • TEMERRÜT
OLUŞMASI • GECİKME TAZMİNATI***

Özet: Kat malikleri kurulunun kararı veya işletme projesi davalıya bildirilmemiş ise, icra takibine ilişkin ödeme emrinin davalıya tebliğ edildiği tarihte temerrüt oluşur. Kat malikleri kurulunca alınmış bir karar olmadıkça, yasada öngörülen gecikme tazminatının üstünde tazminat istenemez.

Dava dilekçesinde, itirazın iptali istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasal gerektirici nedenlere ve özellikle kanıtların takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak;

1-Davalı davaya konu edilen ortak gider payı alacağına dayanağı olan genel kurul toplantılarına katılmamış, bu toplantılarda alınan kararların veya bu kararlara göre düzenlenen işletme projelerinin davalıya usulünce bildirildiği de iddia ve ispat olunmamıştır. O halde davalının, aleyhinde yapılan icra takibinde adına çıkartılan ödeme emrinin tebliği tarihinde temerrüde düştüğü kabul edilerek daha önceki döneme ilişkin olan faiz taleplerinin reddedilmesi gerektiğinin dikkate alınmaması,

2-Kat maliklerinin kendi olumlu oyları ile alınmış bir kat malikleri kurulu kararına dayalı olmadıkça daha yüksek oranda gecikme tazminatından sorumlu tutulamayacakları da dikkate alınarak icra takibinden sonraki dönem için davalının Kat Mülkiyeti Yasası'nın 20. maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca aylık %10 oranında gecikme tazminatı ödemekle sorumlu tutulması gerektiğinin düşünülmemesi,

Doğru görülmüştür.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözetilerek tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harçlarının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 24.09.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

YARGITAY
21. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/19131 K: 2007/1864 T: 13.02.2007

İŞ HUKUKU • MADDİ VE MANEVİ TAZMİNATTA VEKALET ÜCRETİ • SSK TAHSİSLERİNİN ARTIŞINDAN DOĞAN RET KARARINDA MADDİ TAZMİNAT*

Özet: Hüküm altına alınan maddi ve manevi tazminat oranları üzerinden davacı yararına ayrı ayrı vekalet ücreti hesaplanmalıdır.

Davalı yararına vekalet ücreti takdir edilirken, manevi tazminatta davacı yararına belirlenen oran aşılamaz.

SSK tahsislerinden kaynaklanan artışlardan dolayı maddi tazminat red edilmiş ise, davalı yararına vekalet ücretine hükme dilemez.

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; bozmaya uyarak ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen 70.017.52 YTL maddi ve manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi taraf vekillerince istenilmesi ve davalı vekilince süresinde, davacı vekilince de süresi dışında duruşma talep edilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 13.02.2007 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı vekili ile karşı taraf vekili geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü ve aşağıda karar tespit edildi.

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

(*) Gönderen: Av. Yakup ŞAKAR

2- Dava 20.11.1996 tarihinde meydana gelen zararlandırıcı "sigorta olayında sol el bileği **radia carpol** seviyeden **ampute** olması sonucu % 36,20 oranında meslekte kazanma gücünü kaybeden sigortalının maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece davacının maddi ve manevi tazminat isteminin ise kısmen kabulüne karar verilmişse de manevi tazminatın takdirinde yanılığa düşüldüğü anlaşılmaktadır

Olayın oluş şekline, müterafik kusur oranlarına, davacının duyduğu elem ve ızdırabın derecesine, tarafların sosyal ve ekonomik durumuna. 26.06.1966 gün 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın içeriğine ve öngördüğü koşulların somut olayda gerçekleşme biçimine ve hak ve nesafet kurallarına göre 20.000,00 YTL manevi tazminat yerine 15.000,00 YTL manevi tazminata hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olduğu gibi, hüküm altına alınan maddi ve manevi tazminat miktarları üzerinden davacı yararına ayrı ayrı vekalet ücreti hesaplamak gerekirken, toplam tazminat üzerinden vekalet ücreti hesaplanarak, davacı yararına vekalet ücretinin noksan hesaplanması, davalı yararına vekalet ücreti hesaplanırken de manevi tazminatın reddedilen bölümü için tarifenin 10/2 maddesi dikkate alınmaksızın kabul edilen miktarı aşar biçimde vekalet ücretinin fazla verilmesi, maddi tazminatın reddinin, katsayı değişiklikleri sonucu sigorta, tahsisleri, peşin sermaye değerindeki artışlardan kaynaklanmasına ve davacıların dava açılırken bu hususu bilebilmesinin mümkün bulunmamasına göre, maddi tazminatın reddi nedeniyle davalı yararına vekalet ücreti verilemeyeceğinin göz ardı edilmesi isabetsiz olup bozma nedenidir.

Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'un 438/7. maddesi uyarınca hüküm bozulmamalı düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, hüküm fıkrasının tamamen silinmesine, yerine, "1- 55.017,52 YTL maddi tazminat ile takdirenen 20.000,00 YTL manevi tazminat olmak üzere toplam 75.017,52 YTL tazminatın olay tarihi olan 20.11.1996 tarihinden itibaren istetilecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin maddi ve manevi tazminat talebinin reddine,

2-Alınması gereken 4.050,95-YTL ilam harcından peşin alınan 1.620,00 YTL'nin indirimi ile kalan 2.430,95-YTL ilam harcının davalıdan tahsiline,

3-Davacı tarafından yatırılan 12,20 YTL başvurma harcı ile 1.620,20 YTL peşin harç olmak üzere toplam 1.632,20 YTL harcın davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

4-Yargılama nedeniyle davacı tarafça yapılan; 83,10 YTL tebligat ve müzekkere, 300,00 YTL bilirkişi ücreti toplam 383,10 YTL yargılama gi-

derinin, reddedilen ve kabul edilen miktarlar nazara alınarak, takdiren 143,10 YTL, yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, 240,00 YTL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

5-Hüküm tarihinde yürürlükte olan avukatlık asgari ücret tarifesine göre, vekil ile temsil edilen davacı yararına hüküm altına alınan maddi tazminat miktarı üzerinden 4.881,40 YTL manevi tazminat miktarı üzerinden 2.080,00 YTL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

6- Hüküm tarihinde yürürlükte olan avukatlık asgari ücret tarifesine göre, vekil ile temsil edilen davalı yararına reddedilen manevi tazminat miktarı üzerinden 2.080,00 YTL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, maddi tazminatın kısmen reddinin, katsayı değişiklikleri sonucu sigorta tahsisleri peşin sermaye değerindeki artışlardan kaynaklanmasına ve davacının dava açarken bu hususu bilebilmesinin mümkün bulunmamasına göre, maddi tazminatın reddi nedeniyle davalı yararına vekalet ücreti verilmesine yer olmadığına" rakam ve sözcüklerinin yazılmasına ve hükmün bu düzeltilmiş şekli ile **ONANMASINA**, davacı yararına takdir edilen 500.00 YTL duruşma avukatlık parasının karşı taraf yükletilmesine, fazla alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcın davalıya yükletilmesine, 13.02.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/800 K: 2006/5309 T: 29.05.2006

**İŞ HUKUKU • HİZMET TESPİTİ DAVASI • ÇIKIŞ GİRİŞ YAPILMIŞ
OLMASI • ARADAKİ BOŞLUKLARIN ARAŞTIRILMASI***

Özet: Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 03.01.1991-15.01.2001 tarihleri arası çalıştığının ve aldığı ücretin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece isteğin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Davacının işyerinde geçen çalışmalarını, işe giriş bildirgelerini, aylık ve üç aylık bordrolara dayanılarak kuruma kısmen bildirilmiş ve bildirimlere uygun olarak da primleri ödenmiştir. İşe giriş bildirgeleri ve bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde kesintili geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersinin ise eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine tabir edilmemesi gerektiği, öte yandan işçili alacaklarına ilişkin dava dosyalarının hizmet tespiti davaları yönünden kesin olmayıp, ancak güçlü kanıt niteliğinde olduğu da dairenin yerleşmiş görülerindedir.

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 03.01.1991-15.10.2001 tarihleri arası çalıştığının ve aldığı ücretin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hümün davalı kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Davacı Ayfer, davalı işyerinde 03.01.1991-05.09.1995 ve 20.12.1999-15.10.2001 tarihleri arasında sürekli çalıştığının tespitini istemiştir.

Mahkeme yatırım şirketi raporunu esas alarak eksik araştırma ve inceleme ile istemin kabulüne karar vermiştir.

(*) Gönderen: Eyüp KOÇHAN, İstanbul 8. İş Mahkemesi Yazışmaları Müdürü

Aynı işyeri için açılan ve davacısı Soner olan 2004/245 Esas sayılı dava dosyasındaki delillerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, davacının işyerinde geçen çalışmaları, işe giriş bildirgelerini, aylık ve üç aylık bordrolara dayanılarak kuruma kısmen bildirilmiş ve bildirimlere uygun olarak da primleri ödenmiştir. İşe giriş bildireleri ve bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde kesintili geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersinin işe eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar edilmemesi gerektiği, öte yandan işçilik alacaklarına ilişkin dava dosyalarının hizmet tespiti davaları yönünden kesin olmayıp ancak güçlü delil niteliğinde olduğu da dairesimizin yerleşmiş görüşlerindedir.

Yapılacak iş, davacının işyerindeki çalışmaları ile ilgili işe giriş bildirgeleri ile prim bordrolarının tamamı mevcut olmadığından davalı kurumdaki eksiksiz istenmesi, bu konuda davalı işyerinin Bakırköy Sigorta Müdürlüğü'nde işlem görmesi sebebiyle belgelerin ilgili sigorta müdürlüğünden istenmesine ilişkin kurumun 28.04.2004 tarihli yazısının dikkate alınması, işe giriş bildirgelerindeki imzalara itiraz halinde üzerinde imza incelemesi yaptırılarak bildirgelerdeki imzaların davacıya ait olduğunun anlaşılması halinde delillerin yalnızca işyerine giriş ve çıkış tarihleri arasındaki süreler yönünden toplanması ve değerlendirilmesi işyerinden istenmesi, ücret bordrolarında davacının imzası olanlar saptanarak, itiraz bulunmaması halinde, imzasını içeren bordrolara geçmiş sürelerin dışındaki sürelerle ilgili olarak istemin reddine, imzalı olmayan bordrolardaki süreler ile ücret bordrolarının mevcut olmaması halinde, SSK'ya verilen dönem bordrolarında çalışmaları sürekli görünen tanıklar saptanarak, beyanlarına başvurmak, gerektiğinde işverenin komşu işyerlerinin kayıtlarına geçmiş kişiler tespit edilerek dinlemek ve deliller olabildiğince toplandıktan sonra sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Hukuk Genel Kurulu'nun 16.06.1999 gün 1999/21-510-527, 30.06.1999 gün ve 1999/21-549-555, 05.02.2003 gün 2004/21-35-64 E ve K 15.10.2003 gün ve 2003/21-634-572 E K sayılı kararlarında da bu hususlar belirtilmiştir.

Mahkemece yukarıda gösterildiği şekilde delillerin toplanmadığı, dönem bordrolarının eksik olduğu, tanıkların mevcut bordrolarda kısmen bulunduğu, beyanlarının yetersiz olduğu, işin niteliğinin açıklanmadığı, giriş bildirgeleri getirtilerek imza incelemesi yapılmadığı, ücret bordrolarının bulunmadığı, eksik araştırma ve yetersiz delil ile sonuca gidildiği ortadadır.

Bu maddi ve hukuki olgular gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 29.05.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/4180 K: 2007/1193 T: 05.02.2007

**İŞ HUKUKU • SİGORTA PRİMİNE ESAS KAZANÇLAR
• AYNİ YARDIMLAR**

Özet: Ölüm, doğum ve evlenme yardımları, yolluklar, kıdem, ihbar, kaza tazminatı, ayni yardımlar, yemek, çocuk ve aile zamları sigorta primine esas kazançlara girmez. ...Elbise, ayakkabı, sigortalı çocukları için kitap kurtasiye gibi yardımlar, doğrudan aynı nitelikler taşır. Ayrıca, yemek bedeli, taşıt gideri, yaka-cak bedeli, dikiş ücreti mesken ve sağlık yardımı, öğrenim yardımı da söz konusu kazançlardan değildir.

Davacı, kurum işleminin iptali ile prim borcu olmadığına tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hümün 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 tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçeleri nedenlere göre davalı kurumun davacı işverence "diğer" adı altında çalışanlarına yaptığı ödemelerin sigorta primi esas kazançlarına dahil edilmemesine ilişkin hükme yönelik itirazları dışındaki sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Dava, davacı işverence yol parası, diğer ve zel sağlık sigortası olarak çalışanlarına yaptığı ödemelerin sigorta primine esas kazançlara dahil edilmemesine ilişkin hükme yönelik itirazları dışındaki sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

506 Sayılı Yasanın 77. madde 1. fıkrasında prim hesabı da gözönünde tutulaca kazançlar belirtilmiş, 2. fıkrasında ise bunun istisnaları gös-

terilmiştir. Fıkıradaki ifade edildiği biçimde sosyal amaçlı olarak veya işverenin yasa ve sözleşme dışında sigortalısına yaptığı yardım ve ödemeler prim hesabında nazara alınmazlar. Bu ödeme veya yardımlar ücret ve benzeri ödemelerden tamamen farklı nedenlere dayanırlar. İşin karşılığı olmaktan ziyade insani değer yargılara sonuçcu verilirler. Yasa bunları sayarak belirtmiştir. Bu yardımlar ölüm, doğum ve evlenme yardımları, yolluklar, kıdem, ihbar ve kasa tazminatları, aynı yardımlar, yemek, çocuk ve aile zamlarıdır.

Burada aynı yardımlar özellik gösterir. Aynı yardımdan amaç; sosyal veya kişisel bir ihtiyacın karşılanması yolunda yapılan bir yardımdır. Yardımın aynı veya para olarak yapılmasının önemi bulunmamaktadır. Örneğin; işverenin sigortalılarına dağıttığı elbise, ayakkabı, sigortalı çocukları için, kitap, kırtasiye gibi yardımlar, doğrudan aynı nitelik taşımalarına karşın bu yardımlar yemek bedeli, taşıt gideri, yakacak bedeli, dikiş ücreti mesken veya sağlık yardımı, öğrenim yardımı türünden nakitten olabilir. Bu tür somut biçimde belli edilmiş bir ihtiyaca yönelik yardımlar aynı yardım olarak kabul edilir ve prim hesabında dikkate alınmazlar.

Yukarıda açıklamalara göre mahkemenin yol parası ve özel sağlık sigortası olarak yapılan ödemelerin sigorta primine esas kazançlara dahil edilmemesi gerektiği yolundaki kararı doğrudur. Ancak "diğer" adı altında yapılan ödemelerin ne türde ödemeler olduğu işverene açıklattırılmaksızın bu ödemelerin ne olduğu araştırılmaksızın 506 Sayılı Yasanın 77/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi doğru görülmemiştir.

Mahkemece bu olgular gözardı edilerek "diğer" şekilde yapılan ödemeler hakkında da yazılı şekilde sonuca gidilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı kurum vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 05.02.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/13473 K: 2007/1524 T: 08.02.2007

**İŞ KAZASI NEDENİYLE MADDİ TAZMİNAT • PEŞİN SERMAYE
DEĞERİ • ZARARIN HESAPLANMASI**

(4447 SK m. Ek 38)

Özet: Davacı, murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece davacı anne Fatma'ya ölen oğlu sigortalı Ahmet'ten SSK'ca iş kazası sigorta kolundan ölüm geliri bağlanmadığı gerekçeyle bu davacının maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir. Yapılacak iş; davacı Fatma'ya gelir bağlanıp bağlanmadığını SSK'dan sormak, bağlanmamış ise davacı Fatma'ya SSK'ya müracaat bulunması için önel vermek, hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan veriler nazara alınarak davacının gerçek maddi zararını bilirkişiye hesaplattırarak ve belirlenen bu zarardan 4447 Sayılı Yasanın Ek 38. maddesi gereğince hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan verilere göre hesaplanan peşin sermaye değeri indirmek suretiyle sonuca gitmektir.

Davacı, murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davacılar ile davalılardan Ali, Veli ve dahili davalı vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçeleri sebeplere göre davalılar ile davacılar Murat, Emine, Kadri, Ayşe ve Se-

(*) Gönderen: Eyüp KOÇHAN, İstanbul 8. İş Mahkemesi Yazışmaları Müdürü

her'in tüm, davacı Fatma'nın aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine.

2- Dava, davacıların yakınlarının iş kazası sonucu ölümü nedeniyle uğradıkları maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece davacı anne Fatma'ya ölen oğlu sigortalı Ahmet'ten SSK'ca iş kazası sigorta kolundan ölüm geliri bağlanmadığı gerekçesiyle bu davacının maddi tazminat isteminin redine karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden davacı Fatma'nın kendisine iş kazası sonucu ölen sigortalı oğlundan ölüm geliri bağlanması istemiyle dava açtığı, İstanbul 6. İş Mahkemesinin 2005-198 Esas nolu dosyasında görülen dava sonucu davanın reddine ilişkin verilen hükmün Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 02.02.2006 tarihli kararı ile davacıya 01.09.2003 tarihi itibarıyla ölüm geliri bağlanması gerekçesi ile düzeltilmek suretiyle onandığı görülmektedir. Bu karar uyarınca SSK Başkanlığınca davacı Fatma'ya gelir bağlanması gerektiği açıktır.

Yapılacak iş; davacı Fatma'ya gelir bağlanıp bağlanmadığını Sosyal Sigortalar Kurumundan sormak, bağlanmamış ise davacı Fatma'ya SSK'ya müracaatta bulunması için önel vermek, hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan veriler nazara alınarak davacının gerçek maddi zararını bilirkişiye hesaplattırmak ve belirlenen bu zarardan 4447 Sayılı Yasanın Ek 38. Maddesi gereğince hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan verilere göre hesaplanan peşin sermaye değeri indirilmek suretiyle sonuca gitmektir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacı Fatma'nın bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edenlerden davacılaraya yükletilmesine, 08.02.207 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/5398 K: 2007/2671 T: 26.02.2006

SİGORTALI HİZMETLERİN BAŞLANGICININ TESPİTİ

(506 SK m. 2)

Özet: Davacı, sigortalılık başlangıç tarihinin tespitine karar verilmesini istemiştir. Bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için sigortalı işe giriş bildirgesinin varlığı yeterli değildir. Aynı zamanda o kimsenin 506 Sayılı Yasanın 2. Maddesinin belirlediği eylemli olarak çalışması da koşuldur. ... Davacının işyerinde eylemli olarak çalışıp çalışmadığının yöntemince araştırılması gerekir.

Davacı, sigortalılık başlangıç tarihinin 05.06.1973 olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteminin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı sigortalılık başlangıç tarihinin 05.06.1973 tarihi olduğunun tespitini istemiş, istem mahkemece kabul edilmiştir.

Mahkemece, istemin kabulüne karar verilmiş ise de bu sonuç eksik incelemeye dayalı olup usul ve yasaya aykırıdır.

Uyuşmazlık, somut olayda fiili çalışma olgusunun yöntemince kanıtlanmış olup olmadığı, mahkemece bu yönde yapılan inceleme ve araştırmanın hükme yeterli bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için sigortalı işe giriş bildirgesinin varlığı yeterli değildir. Aynı zamanda o kimsenin 506 Sayılı Yasanın 2. Maddesinin belirlediği şekilde eylemli olarak çalışması da koşuldur. Bu yön özellikle Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 6. maddesinde ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1999/21-549 Esas, 1999/555 Kaar sayılı, 30.06.1999 günlü ve 2004/21-734 Esas, 2005/49 Karar sayılı, 09.02.2005 günlü kararlarında vurgulanmıştır. Bu bakımdan davacının işyerinde eylemli olarak çalışıp, çalışmadığının yöntemince araştırılması gerektiği ortadadır.

Mahkemece, işyerinin 01.06.1973-31.12.1973 tarihleri arasında 506 Sayılı Yasa kapsamında olduğu ve işyerniden dönem bordrolarının verilmediği tespit edilmiş, tanık da dinlenmiş ancak beyanına başvuru olan tanığın işyerine 01.09.1973 tarihinde girdiği bu durumda işyerinde 05.06.1973 tarihindeki çalışmanın tespiti istenildiğine göre kendi girişinden daha önceki bir çalışmaya tanıklık edemeyeceği dikkate alınmaksızın, dolayısıyla eylemli çalışma kanıtlanmaksızın sonuca gidilmiştir.

Dosya içinde bulunan tanık Durmuş'a ait İstanbul 3. İş Mahkemesinin 2002/233 karar sayılı dava dosyasında dinlenen ve işyerine 01.06.1973 tarihli girişi bulunan tanık Ali'nin beyanına başvurularak veya işyeri kuruma dönem bordrolarını vermediğinden komşu işyerlerinin kayıtlarını geçmiş kişileri tespit edilip tanık olarak dinlenerek sonuçta dava konusu tarihte gerçekten fiili çalışmanın bulunup bulunmadığı belirlendikten sonra sonuca gitmek gerekirken eksik araştırma ile karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 26.02.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2006/17136 K: 2007/793 T: 29.01.2007

**İŞ HUKUKU • MADDİ TAZMİNATIN HESABI • İLERİDE YAŞLILIK
MAAŞI ALACAK İŞÇİNİN PASİF DEVRE HESABI**

Özet: Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. İşçinin yaşlılık aylığı almaya veya işçinin yaşı ve oluşan meslekte kazanma gücü kayıp oranına göre ileride çalışıp yaşlılık aylığına hak kazanması üstün olasılık içinde bulunması durumunda da zarar hesabında pasif dönemin hesaba dahil edilmesi gerekir. İş Kazası sonucu malul kalan işçinin aynı işinde çalışmaya devam etse dahi diğer işçilerden fazla çaba harcayacağı asıldır. 60 yaşından sonra elde edeceği yaşlılık aylığı aldığı dönemde de devam edecek olan maluliyeti nedeniyle zarara uğramadığı düşünülemez. ...Sigortalıya bağlanan yaşlılık aylığında meslek hastalığı ve iş kazası kolundan alınan primlerin hiçbir etkisi bulunmamakta tamamen uzun vadedeki sigorta kollarından ödenen primler sonucu aylık bağlanmaktadır. Bu nedenlerle pasif dönemde zarar hesabına dahil edilmesi gerekir.

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün taraf vekilleri tarafından temyiz edilmesi ve davacı vekilince de duruşma talep edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan ve temyiz konusu hükme ilişkin dava, Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu'nun 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 tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici nedenlere ve özellikle hasmın temsilcisinde yapılan hatanın davacı tara-

findan düzeltilmiş bulunmasına göre davalı Metin'nin tüm, davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine.

2- Dava, iş kazası sonucu beden güç kaybına uğrayan davacının maddi zararının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Bu tür davalarda, tazminat miktarı, işçinin rapor tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluşmaktadır. Başka bir anlatımla, işçinin günlük brüt geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskonto ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise, 60 yaşa kadar yıllık olarak % 10 istontoya tabi tutulacağı, 60 yaşından sonraki bakiye ömrü kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemle başvurulmadan, her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir.

Kuşkusuz, açıklanan tazminatın hesaplanması yönteminde, işçinin yaşlılık aylığı almaya veya işçinin yaşı ve oluşan meslekte kazanma gücü kayıp oranına göre ileride çalışıp yaşlılık aylığına hak kazanması üstün olasılık içinde bulunması durumunda da zarar hesabında pasif dönemin hesaba dahil edilmesi gerekir. İş kazası sonucu malul kalan işçinin aynı işinde çalışmaya devam etse dahi diğer işçilerden daha fazla çaba harcadığı asıldır. 60 yaşından sonra elde edeceği yaşlılık aylığını da diğer işçilerden daha fazla çaba harcayarak elde edeceğinden yaşlılık aylığı aldığı dönemde de devam edecek olan maluliyeti nedeniyle zarara uğradığı düşünülemez. Kaldı ki, sigortalıya bağlanan yaşlılık aylığında meslek hastalığı ve iş kazası kolundan alınan primlerin hiçbir etkisi bulunmamakta tamamen uzun vadedeki sigorta kollarından ödenen primler sonucu aylık bağlanmaktadır. Bu nedenlerle pasif dönemin de zarar hesabına dahil edilmesi gerekir.

Mahkemece bu haddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin davacının çalışma gücünü 2/3 oranında kaybetmediği bu nedenle çalışıp ileride emekli olma olasılığının yüksek olduğu gerekçesi ile bilirkişi tarafından hesaplanan gerçek zarardan pasif döneme isabet eden zararın tenzili ile bakiye zarara hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

3- Islah dilekçesi ile maddi tazminatın artırılan bölümü üzerinden karar ve ilam harcının dörtte birinin peşin olarak alınması gerekirken davacının yatırdığı 12,20 YTL. Matbu nispi harcın mahkemece tamamlanmaması da hatalı olup kamu düzenine ilişkin olan husus temyiz eden tarafların sıfatına bakılmaksızın resmen nazara alınmalı ve karar bozulmalıdır.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edenlerden davalıya yükletilmesine, 29.01.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/4261 K: 2007/8109 T: 15.05.2007

**ISLAH • MANEVİ GİDERİMİN SONRADAN ISLAHLA
İSTENEMEYECEĞİ • DAVA KONUSUNUN ISLAHTAKİ ÖNEMİ^(*) (**)**

Özet: *Islahta, dava konusu olmayan bir istemin dava kapsamına alınması olanaksızdır. Davacıların manevi giderime ilişkin ıslah istemlerinin reddi gerekir.*

Davacılar, murisin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün taraf verileri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteminin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillere hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Dava, iş kazası sonucu ölen sigortalı işçinin yakınlarının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkin olup, yargılama sırasında davacılar dava dilekçesini ıslah ve dava dilekçesinde yer almayan manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

Mahkemece, maddi tazminat isteminin reddine ve ıslah dilekçesi ile davaya katılan manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiştir. HUMK'un 83. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan ıslah müessesesi, mahkemeye yönetilmesi gereken tek taraflı ve açık bir irade beyanı ile tarafların dilekçelerinde belirttikleri vakıaları, dava konusunu veya talep sonucunu değiştirebilmesi imkanını sağlamaktadır. Usule ilişkin işlemlerin tamamen ya da kısmen ıslahı mümkündür. Ancak, her iki durumda da usulüne uygun açılmış bir davanın bulunması şarttır. Başka bir anlatımla ıslah, açılmış bir davada taraflarca yapılmış usule ilişkin işlemlere yönelik olarak yapılmalıdır. Bu bağlamda, yargılaması devam eden bir dava içinde ıslah ile ikinci bir talepte bulunma olanağı bulunmamaktadır. Davacı isterse dava dilekçesini tamamen ıslah ederek dava konusunu değiştirebilirse

(*) Gönderen: Av. Haluk ATAMER

(**) Dergimizin 2007/4 sayısının 1764. sayfasına bakınız.

de, yeni dava konusu önceki dava konusunun yerine geçer ve yine tek bir dava söz konusu olur. Ancak, davacı peşin harç yanında başvuru harcını da yatırarak yeni bir talepte bulunması hallerinde ise bir ek dava olarak nitelendirilme hali olayımız dışındadır.

Somut olayda, davacılar tarafından konusu maddi tazminat olan bir dava açılmış olup, bu davanın yargılaması sırasında davacılar dava dilekçesini ıslah ile ayrıca manevi tazminat isteğinde de bulunmuşlardır. İslahta dava konusu olmayan bir talebin dava kapsamına alınması mümkün değildir. Bu nedenle "davacıların ayrıca dava açma hakları saklı kalmak üzere manevi tazminata ilişkin ıslah istemlerinin reddine" şeklinde karar verilmesi gerekirken manevi tazminata hüküm kurularak söz konusu ıslaha değer verilmesi hatalı olmuştur.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hüküm yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre tarafların manevi tazminatın miktarına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, fazla alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 15.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2007/9613 K: 2007/10822 T: 03.07.2007

**İŞ KAZASI • MALULİYET • PASİF DEVRE ZARARI • TAZMİNAT
HESAPLAMA YÖNTEMİ***

Özet: İş kazası tazminatlarında bilinmeyen devre başlangıcından itibaren asgari ücretin her yıl için ayrı ayrı yıllık olarak artırılıp indirilmesi suretiyle 60 yaştan sonra kalan ömre kadar elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan hesabı gerekir. Hesaptaki yanlışlıkların ileride açılacak ek dava ile giderilmesi olasıdır.

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen 23.000,00 YTL maddi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizden incelenmesi taraf vekillerince istenilmesi ve davalılar ekilince de duruşma talep edilmesi, dosya incelenerek, işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılması ve duruşma için 03.07.2007 salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalılar vekili geldi. Karşı taraf adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü ve aşağıda karar tespit edildi.

KARAR

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebepler ve özellikle bilinmeyen devre başlangıcından itibaren asgari ücretin her yıl için ayrı ayrı yıllık olarak %10 artırılıp %10 iskontoya tabi tutulmak suretiyle 60 yaşından sonra bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan hesaplanması gerekirken, SSK tavan yaşlılık aylığının esas alınmak ve bir kez artış uygulanmak suretiyle pasif hüküm altına alındığının anlaşılmasına ve bu yanlışlığın ileride açılması muhtemel ek davada giderilmesinin mümkün bulunmasına göre tarafların yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının rediyle usul ve kanunla uygun olan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz harcının davalılara yükletilmesine, 03.07.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Fahri TAN

**YARGITAY 8. CEZA
DAİRESİ KARARI**

YARGITAY 8. CEZA DAİRESİ

E: 2007/4584 K: 2007/4112 T: 24.05.2007

SEÇENEKLİ ADLİ PARA CEZASI • CEZALARIN İNFAZ REJİMİ • CEZANIN NİTELİK DEĞİŞTİRMESİ

(TCK m 50/1-a, 52 CGTİK m 106/3)

Özet: Doğrudan verilen adli para cezası ödenmezse, Cumhuriyet Savcısı tarafından hapse çevrilerek infaz edilir. Bu taktirde koşullu salıverme hükümleri uygulanamaz. Ancak hükümlü para cezasının kalan bölümünü öderse infaza son verilir ve hemen tahliye edilir. Buna karşılık haptisten çevrilen adli para cezası ödenmediğinde, diğerinde olduğu gibi Cumhuriyet savcısı tarafından değil, hükmü veren mahkeme tarafından hapse çevrilerek infazına karar verilir. Bu ahvalde koşullu salıverme hükümleri uygulanacağı gibi, artık ortada para cezası diye bir şey kalmadığından ve ceza nitelik değiştirerek hapse dönüştüğünden, ödenmesi de söz konusu olamaz.

6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanuna aykırılıktan sanık MD'nin anılan Kanununun 13/son, 5237 sayılı TCK'nın 52. maddeleri gereğince 600.00 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına dair Üsküdar 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 13.11.2006 tarih ve 2006/569-775 sayılı kararının infazı sırasında, hükümlüye yapılan adli para cezası ödeme emrinin tebliğini müteakip, para cezasının ödenmemesi üzerine 600 YTL'nin 1 ay hapis olarak cezasının infazına ilişkin, aynı mahkemenin 30.01.2007 tarihli ve 2006/569-775 sayılı ek kararından sonra hükümlünün cezasının infazı esnasında her iki para cezasını da ödemesi üzerine infazın durdurulup durdurulmayacağına ilişkin Cumhuriyet Savcısınca yapılan talep karşısında, her iki para cezasının ödendiğinden bahisle cezasının tamamının infaz edilmiş sayılacağına dair aynı mahkemenin 22.02.2007 tarihli ve 2006/559-775, 2007/2438 sayılı kararına yapılan itirazın reddine ilişkin (ÜSKÜDAR) 5. Asliye Ceza Mahkemesinin 02.03.2007 tarihli ve 2007/39 D. İş sayılı kararı ve dosyası ile ilgili olarak;

5237 sayılı TCK'nın 50/1a ve 52. maddelerinde düzenlenen adli para cezalarının infazının farklı usullere tabi olduğu; zira 52. madde gereğince doğrudan hükmolunan adli para cezası ödenmediği takdirde 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106/3. maddesi gereğince ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapse çevrileceği ve 106/9. maddesine göre de cezanın bihakın infaz edileceği ancak 106/8. maddeye göre hapisten çıkartılacağı, buna karşılık 5237 sayılı TCK'nın 50/1-a maddesine göre kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak hükmolunan para cezasının ödenmemesi halinde 5275 sayılı Kanunun 109. maddesine dayanılarak çıkartılan 20.03.2006 tarihli ve 2006/10218 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilerek 06.04.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü'nün "seçenekli yaptırımlarda uygulanacak rejim" başlıklı 51. maddesi 1. fıkra ve alt bentlerine göre mahkemece kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verilerek bu kararın derhal infaz edileceği ve bu cezanın infazında koşullu salıverme hükümlerinin uygulanacağı, ancak 5275 Sayılı Kanunun 106/8. maddesine göre hapis yattığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkarılmayacağı gözetildiğinde...?

Somut olayda 6136 Sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunna muhalefet eden sanık hakkında verilen 1 ay hapis cezasının 5237 sayılı Kanunun 50/1-a maddesi ile Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü'nün 50. Maddesinde belirtildiği üzere suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlendiği özelliklere göre seçenek yaptırım olarak para cezasına çevrilmesini müteakip Üsküdar Cumhuriyet başsavcılığına yapılan adli para cezası ödeme emri üzerine söz konusu miktarı ödememesi üzerine anılan Tüzüğü'nün 51. maddesinde de açıklandığı gibi, kısa süreli hapis cezasının infaz edilmesi gerektiği gözetilerek, Üsküdar Sulh Ceza Mahkemesince ödenmeyen para cezasının 1 ay hapis cezası olarak infazına karar verildiği bu kararın da derhal infaz edilmesi gerekeceği ve bu cezanın infazında koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanacağı, ancak 5275 Sayılı Kanun'un 106/8. maddesine göre hapis yattığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı sonradan ödemesi durumunda hapisten çıkartılmayacağı, bu nedenle sanığın mazeretsiz olarak kendisine tanınan imkanı değerlendirmeyerek, adli para cezasının sonraki taksitlerini süresi içinde ödemesi üzerine hapis cezasının derhal infazının gerekeceği, hükümlünün süresinden sonra para cezasının tamamını yatırdığından bahisle adli para cezasının hapse çevrilmesine ilişkin kararın kaldırılarak adli para cezasının ödenmesi durumunda ilamın infaz edilmiş sayılmasına karar verilemeyeceği dikkate alınmaksızın itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı

CMK'nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel müdürlüğünün 05.04.2007 gün ve 18414 sayılı kanun yararına bozma istemine atfen Yargıtay C. başsavcılığından 18.04.2007 gün ve KYB/2007-72300 sayılı ihbarnamesi ile dairemize tevdi kılınmakla incelendi.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

5237 sayılı TCK'nın 50/1-a maddesine istinaden hapis cezasından çevrilen adli para cezası ile aynı kanunun 52. maddesi uyarınca doğrudan verilen adli para cezasının infaz rejimleri birbirinden farklıdır.

Doğrudan verilen adli para cezası ödenmezse, Cumhuriyet Savcısı tarafından hapse çevrilerek infaz edilir. Bu taktirde koşullu salıverme hükümleri uygulanamaz. Ancak hükümlü para cezasının kalan bölümünü öderse infaza son verilir ve hemen tahliye edilir.

Buna karşılık haptisten çevrilen adli para cezası ödenmediğinde, diğerinde olduğu gibi Cumhuriyet savcısı tarafından değil, hükmü veren mahkeme tarafından hapse çevrilerek infazına karar verilir. Bu ahvalde koşullu salıverme hükümleri uygulanacağı gibi, artık ortada para cezası diye birşey kalmadığından ve ceza nitelik değiştirerek hapse dönüştüğünden, ödenmesi de söz konusu olamaz. Bunun yanında uygulamada asıl mahkumiyetin haptisten çevrilen para cezası veya tedbir olacağına ilişkin 50/5. Madde hükmü de uygulama yeteneğini kaybeder.

Açıklanan nedenlerle Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma istemine dayalı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden, Üsküdar C. Savcılığının vaki itirazının kabulü yerine reddine dair Üsküdar 5. Asliye Ceza Mahkemesinin 02.03.2007 gün ve 2007/39 Değişik İşler sayılı kararının CMK'nın 309. Maddesi uyarınca **(BOZULMASINA)** ve ortadan kaldırılmasına, infazda kazanılmış haktan bahsedilemeyeceği gözetilerek müteakip işlemlerin mahallinde icrasına, dosyanın Yargıtay C. Başsavcılığına tevdiine, 24.05.2007 gününde oy birliği ile karar verildi.

AIHM
KARARLARI

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARI

ZENGİN /TÜRKİYE DAVASI

09.10.2007

(Başvuru no: 1448/04)

Çeviren:

Meltem Sarıbeyoğlu, Reşat Volkan Günel

2. Daire Yargıçlar:

J.-P. Costa, (Başkan),

A.B. Baka,

I. Cabral Barreto,

R. Türmen,

M. Ugrekheldize,

A. Mularoni,

E. Fura-Sandström,

Yazı İşleri Md. Yrd.: F. Elens-
Passos

Hükümet temsilcisi:

M. Özmen, H. Ünler,

Z.G. Acar, E. Esin,

D. Kılışlıoğlu,

İ. Aycan,

S. Duman,

Başvurucu temsilcisi:

K. Genç,

A.Ş. Yakışan,

İ. Melikoff,

T. Öker,

H. Zengin (birinci başvuru).

KARAR ÖZÜ:

EĞİTİM HAKKI- Anne babanın dinsel ve felsefi inançlarına uygun eğitim hakkı –din eğitimi– Mahkeme, din kültürü ve ahlak bilgisi dersinde verilen öğretimin objektiflik ve çoğulculuk kriterlerini ve ayrıca başvurucunun Alevi inancına sahip babasının, ki ders içeriğinde bu konu açıkça eksiktir, dini ve felsefi inançlarına saygılı olma gereğini karşılar nitelikte görülemeyeceği sonucuna varmaktadır. Ayrıca Mahkeme, muafiyet usulünün uygun bir yöntem olmadığı ve bu usulün öğretilen konunun okul ile ana ve babanın değerleri arasında bunlara bağlılık yönünden çocuklarda çelişkiye yol açabileceğini haklı olarak düşünen ana ve babalara yeterli bir koruma sağlamadığı görüşündedir. Bu özellikle de Sünni İslam dışında bir dini veya felsefi inanca sahip ana ve babaların çocukları için uygun bir seçenek bu-

lunmayan durumlarda böyledir; bu durumda muafiyet prosedürü, ana ve babayı ağır bir yük altına sokabilir ve çocuklarının din derslerinden muaf tutulması için kendi dini veya felsefi inançlarını ifşa etmek zorunda bırakabilir.--P1, md 2: ihlaline

DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ- Bu madde bakımından ayrı bir sorun doğmadığından, Mahkeme bu konuda ayrı bir inceleme yapma gereği görmemiştir.--Md 09: incelemenin gerekli olmadığına

ADİL KARŞILIK- Ücretler ve masraflar için daha önce adli yardım olarak verilen 850 Euronun düşüleceği 3,726 Euro--Md 41: ödenmesine

USUL

1. Bu dava, iki Türk vatandaşı olan HZ ve EZ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı 2 Ocak 2004 tarihinde Mahkeme'ye sundukları başvurudan kaynaklanmıştır.

2. Başvurucular adli yardım almışlardır.

3. Başvurucular, özellikle zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin öğretilme tarzının, Sözleşme'nin 9. maddesinde ve 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesinde güvence altına alınan haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

4. 6 Haziran 2006 tarihli kararında Daire başvuruyu kabuledilebilir bulmuştur.

5. 3 Ekim 2006'da, Strasburg'daki İnsan Hakları binasında aleni duruşma yapılmıştır (Mahkeme İç Tüzüğü 59/3).

K.Genç başvurucular adına, M.Özmen hükümet adına Mahkeme'de söz almışlardır.

DAVANIN ESASI

I. Dava konusu olaylar

6. 1960 doğumlu HZ ve EZ 1988 doğumlu, İstanbul'da yaşamaktadırlar.

HZ, kendisi ve kızı adına başvuruda bulunduğu sırada, kızı İstanbul Avcılar'daki bir devlet okulunda 7. sınıf öğrencisiydi.

A. Davanın ardalanı

7. HZ, ailesinin Alevi olduğunu belirtmektedir.

8. Alevilik, Orta Asya menşeli olup, büyük bir ölçüde Türkiye'de gelişmiştir. Bu dini hareketin ortaya çıkışında iki önemli Sufi'nin önemli etkisi vardır: **Hoca Ahmet Yesevi ve Hacı Bektaş Veli (14. yy)**. Türk toplumunda ve tarihinde derin kökleri olan ve genel olarak İslam'ın bir kolu olarak kabul edilen bu inanç sistemi, özellikle Sufizm ve belirli İslam öncesi inanışların etkisi altında kalmıştır. (Alevilik) dua, oruç ve hac gibi dini uygulamalarında Sünni kolundan farklıdır. (Türkiye nüfusunun çoğunluğu İslam'ın ılımlı yorumu olan Hanefi mezhebindedir).

9. Başvurucuya göre Alevilik, diğer kültürlerden, dinlerden ve felsefelerden etkilenen bir inanç ya da felsefedir. Alevilik, Sünni İslam'ın (dört mezhebenden biri olan) Hane-

filik mezhebinden sonra Türkiye'de temsil edilen en yaygın inançtır. Alevilik, İslami inanç içerisinde doğa ile yakın ilişkiyi, hoşgörüyü, tevazuu ve komşuluk sevgisini savunur. Aleviler, şeriatı (Ortodoks İslam'ın hukuk kurallarını) ve sünneti (Ortodoks İslam'ın davranış biçimlerini ve şekli kurallarını) reddeder; din özgürlüğünü, insan haklarını, kadın haklarını, hümanizmi, demokrasiyi, akılcılığı, çağdaşlığı, evrenselliği, hoşgörüyü ve laikliği savunur. Aleviler, Sünniler gibi ibadet etmezler (özellikle beş vakit namaz yükümlülüğüne uymazlar), fakat ibadetlerini dini şarkı (ilahi) ve danslarla (semah) yerine getirirler; camiye gitmezler, fakat düzenli olarak dini törenler için cemevinde toplanırlar. Aynı şekilde Aleviler, Mekke'ye hac ziyaretini bir dini yükümlülük saymazlar. Aleviler, Allah'ın her insanda mevcut olduğuna inanırlar. Aleviliğe göre Allah, Adem'i kendi suretinde yaratmıştır ve onun tüm bildirileri insan şeklindedir. Allah ne göktedir ne de cennette fakat insanın kalbindedir.

B. Başvurucuların muafiyet talebi ve kararın iptali için başvuru

10. Başvurucu 23 Şubat 2001'de, kızının din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinden muafiyetini sağlamak için İstanbul İl Milli Eğitim Müdürlüğüne başvurmuştur. Başvurucu ailesinin Aleviliğe bağlı olduğunu bildirerek, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi örneğindeki gibi, ailelerin, çocuklarının alacağı eğitimin şeklinin seçiminde haklarının olduğunu vurgulamıştır. Ek olarak, zorunlu din kültürü ve ah-

lak bilgisi derslerinin laiklik ilkesi ile bağdaşır olmadığını iddia etmiştir.

11. Milli Eğitim Müdürlüğü 2 Nisan 2001'de, muafiyet verilmesinin mümkün olmadığı cevabını vermiş ve özellikle şunları belirtmiştir:

Anayasanın 24. maddesi "Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve orta-öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır" hükmünü getirmiştir.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 12. maddesi ise "Türk milli eğitiminde laiklik esastır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilkökul ve ortaokullar ile lise ve dengi okullarda okutulan zorunlu dersler arasında yer alır" hükmünü getirmiştir.

Bu nedenlerle talebinizi yerine getiremiyoruz."

12. Başvurucu, Milli Eğitim Müdürlüğü'nün red kararının ardından, İstanbul İdare Mahkemesine iptal davası (judicial review) açmıştır. Başvurucu, zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin esasen Hanefi İslam'ın temel kuralları üzerine kurulduğunu ve kendi inancına ilişkin hiçbir şey öğretilmediğini iddia etmiştir. Başvurucu diğer konuların yanı sıra, dersin zorunlu niteliğine de itiraz etmiştir.

13. İdare Mahkemesi 28 Aralık 2001 tarihli kararında başvurucu-

nun talebini reddetmiştir. İdare Mahkemesi kararında diğer konuların yanı sıra, şöyle demiştir:

“Anayasanın 24. maddesinde, din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin ilk ve orta dereceli okullarda zorunlu dersler arasında okutulmasını ve 1739 sayılı Kanununun 12. maddesinde (yine) din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin ilk ve orta dereceli okullarda zorunlu dersler arasında okutulmasını düzenlenmektedir.

Bu bağlamda, davacının talebinin reddi hukuka aykırı değildir...”

14. Başvurucu, başka şeylerin yanında, Sözleşme’ye de dayanarak bu kararı temyiz etmiştir.

15. Danıştay 5 Ağustos 2003’te tebliğ edilen, 14 Nisan 2003 tarihli kararı ile temyiz başvurusunu reddederek, ilk derece mahkemesinin usule ve yasalara uygun bulunduğu kararını onamıştır.

II. Konuyla ilgili iç hukuk ve uygulama

A. Anayasa

16. Anayasanın 24. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

1. Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

2. 14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.

3. Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

4. Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ah-

lâk öğretimi ilk ve orta-öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır.

5. Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.

B. Milli Eğitim Temel Kanunu (1739 Sayılı Kanun)

17. Milli Eğitim Temel Kanununun 12. maddesi şöyledir:

“Türk milli eğitiminde laiklik esastır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilkökul ve ortaokullar ile lise ve dengi okullarda okutulan zorunlu dersler arasında yer alır.”

C. Müfredat ve muafiyetler hakkındaki kararlar

1. Muafiyet hakkında 9 Temmuz 1990 tarihli 1 sayılı karar

18. 9 Temmuz 1990’da Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu, din kültürü ve ahlak bilgisi derslerine ve bu derslerden kimlerin muaf tutulabileceğine ilişkin şu kararı almıştır:

“Milli Eğitim Bakanlığının teklifi üzerine; azınlık okulları dışında kalan ilk ve orta öğretim okullarımızda öğrenim gören TC uyruklu Hıristiyanlık ve Musevilik dinlerine mensup öğrencilerin; bu dinlerden birine mensup olduklarını belge-

lendirmeleri kaydıyla, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersine girmelerinin zorunlu olmadığı, ancak bu derse girmek istedikleri takdirde velilerinden yazılı dilekçe getirmelerinin gerekli olduğu hususunun kabulü kararlaştırıldı.”

19. Hükümet duruşmada, muafiyet usulünün ateizm gibi diğer dini ve felsefi inançları da kapsayabileceğini belirtmiş, ancak buna ilişkin somut örnek sunmamıştır.

2. Türk Eğitim Sistemi ve 19 Eylül 2000 tarihli din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin ana hatları üzerine 373 sayılı karar

20. Daha önce beş yıl olan zorunlu eğitim 1997’den beri 6-14 yaş arası çocuklar için sekiz yıl olarak sürmektedir; ilk beş yıl ilkökula (1 - 5. sınıflar) ve bunu izleyen 3 yıl ortaokula (6 - 8. sınıflar) tekabül eder.

21. Milli Eğitim Bakanlığı (MEB) 19 Eylül 2000 tarihli ve 373 sayılı kararla, (4, 5, 6, 7 ve 8. sınıflarda okutulan) din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin ana ilkelerini belirlemiştir. (Çeviren notu: Karar metni için bkz. 2517 sayılı MEB Tebliğler Dergisi, s.911 vd.. Ayrıca söz konusu karar uyarınca “kabul edilerek uygulamaya konulan İlköğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersi (4, 5, 6, 7 ve 8. Sınıflar) Öğretim Programının 2007-2008 Öğretim Yılından itibaren uygulamadan kaldırılması” kararlaştırılmıştır. Bkz. 410 sayılı ve 28.12.2006 Tarihli Talim ve Terbiye Kurulu kararı, 2593 Sayılı MEB Tebliğler Dergisi, s.109 vd. Bu doğrultuda hazırlanmış ilköğretim din kültürü ve ahlak bilgisi yeni öğretim programı için bkz. <http://dogm.meb.gov.tr>.)

Bu bağlamda kabul edilen ilkeler şunlardır:

“... Bugün kültürlerarası etkileşim artarken barış kültürü ve hoşgörü ortamını teşvik etmek için dinler hakkında bilgi sahibi olmak zorunlu hale gelmiştir.

Bu nedenlerle, ders içeriği ...;

... tüm dinlerin amaçladığı dürüst bireyler yetiştirme (sonucuna yönelik) öğretimi içermektedir. Musevilik, Hristiyanlık, Hinduizm ve Budizm’in tarihi gelişimi, bunların başlıca özellikleri ve öğretilerinin kapsamı hakkında bilgilendirilmiş ve objektif ölçüt kullanarak İslam’ın Musevilik ve Hristiyanlık ile ilişki içerisinde konumunu değerlendirebilecek (insanlar eğitmek de din öğretiminin amaçlarındandır) ...

“A. Öğrenme-Öğretme Süreçlerinde Uyulması Gereken İlkeler...”

1 - Laiklik ilkesi daima göz önünde bulundurulacaktır. Din, vicdan, düşünce ve ifade özgürlüğü zedelenmeyecektir.

2 - Dinsel anlayış ve uygulama farklılıklarının birer zenginlik olduğu fark ettirilecektir.

3 - Öğrencilerin sosyalleşmeleri, iyi vatandaş olarak yetişmeleri için dini ve ahlaki bilgi ile onların duygu ve davranışlarından olabildiğince yararlanılacaktır.

4 - Milli birlik ve beraberliği güçlendirici sevgi, saygı, kardeşlik, arkadaşlık, dostluk bağlarını pekiştirici; vatan, millet, bayrak, şehitlik, gazilik gibi milli değerlerin ve kavramların öğrenciler tarafından benimsenmesine özen gösterilecektir.

5 - Dinin milli kültürü oluşturan önemli unsurlardan biri olduğu gerçeği göz önünde bulundurulacaktır.

...

9 - İbadet kavramı geniş anlamıyla öğretilecek; çalışmanın, temizliğin ve güzel ahlakın ibadet olduğu kavratılacaktır.

10 - İbadetlerin Allah'a karşı sevgi, saygı ve şükran duygularının ifadesi olmasının yanında, kişinin sağlığına, toplum fertlerinin birbirine sevgi ve saygı ile bağlanmalarına, yardımlaşmalarına, dayanışmalarına imkan veren; fert ve toplum ilişkilerinin iyi ve düzenli bir şekilde yürütülmesine yarayan, insanı erdeme ve mutluluğa götüren kazanımları fark ettirecektir.

11 - Hz. Muhammed ile ilgili konular işlenirken, onun ahlaki kişiliği ile ilgili örnekler verilecektir.

...

13 - Konular, ilgili ayet ve hadis mealleriyle desteklenecek, okuma parçaları, hikaye ve resimlerle açık ve anlaşılır hale getirilecektir.

14 - Tüm eğitimsel süreçlerde, konuların işlenmesinde ve örneklerin belirlenmesinde Kurani (Kuran'a ait) olan ile sonradan üretilenlerin ayırt edilmesine özen gösterilecektir. Bunun için toplumsal ve sosyal olaylar da dikkate alınarak nelerin Kuran kaynaklı nelerin ise örf, adet, gelenek, inanış, yaşam biçimi, kültürel etkileşim vb. kaynaklı olduğu açıklanarak vurgulanacaktır.

...

İslam'ın hurafeden uzak, akılcı ve evrensel bir din olduğu çeşitli örneklerle kavratılacaktır.

...

... Yedinci sınıf... Üniteler: Ünite 1-Kuranı Kerimi Tanıyalım. Ünite 2- Din güzel ahlaktır. Ünite 3- Hac ve Kurban. Ünite 4- Melekler ve Diğer Görünmeyen Varlıklar. Ünite 5- Ahiret İnancı. Ünite 6- Ailemiz. Ünite 7-Dinleri Tanıyalım..."

22. Başvurucular, 4, 5, 6, 7, ve 8. sınıflara ait, din kültürü ve ahlak bilgisi üzerine beş ders kitabı sunmuşlardır. Bunlar okullarda okutulmakta olup, MEB onaylıdır.

Dördüncü sınıf ders kitabında öğretim, ahlak ve din arasındaki ilişkinin incelenmesiyle din kavramından başlamakta, yaratan ve yaratılan, aile ve din, Muhammed Peygamber'in hayatına ilişkin bilgilerle devam etmektedir.

Beşinci sınıf ders kitabı, "Allaha inanıyorum" ifadesinin anlamının açıklanmasıyla başlamaktadır. Özellikle temel İslam kavramı öğretisi üzerine odaklanmaktadır: inanç, inanan, ibadet yeri olarak cami, Ramazan ayı boyunca inananların ibadetlerinin niteliği, Muhammed Peygamberin aile hayatı anlatılmaktadır. Ayrıca Kuran'da ismi geçen peygamberlere genel bir bakış sunulmaktadır.

Altıncı sınıf ders kitabı günlük ibadetleri anlatarak başlamaktadır. Burada her Müslüman'ın günde beş vakit namaz kılmak zorunda olduğu açıklanmaktadır. Bunların uygulaması kitapta örneklerle gösterilmekte ve hayırseverlik, vatan ve millet sevgisi, zararlı davranış-

lar, arkadaşlık ve kardeşlik gibi konular işlenmekte ve ayrıca dört kutsal kitap Tevrat, Zebur, İncil ve Kuran'dan bahsedilmektedir.

Yedinci sınıf ders kitabı Kuran bilgisi, din ve yüksek ahlak standartları, hac ve kurban, melekler ve görünmeyen varlıklar, ahiret, inanç ve aile üzerinde durmaktadır. Buna ek olarak, temel dinlerden Yahudilik, Hıristiyanlık, İslam, Hinduizm ve Budizm'e 15 sayfa ayrılmıştır.

Sekizinci sınıf ders kitabı Muhammed Peygamberin yüksek ahlaki standartlarını, kültür ve dini, din kavramını, akıl ve bilimi, kade-re inancı ve inanç ve davranışı anlatmaktadır. "Dine farklı yaklaşımlar", "dinlerin ve İslam'ın öğütleri", "laiklik", "din ve inanç özgürlüğü" gibi konular ayrıca kitapta yer almaktadır.

Öğrencilerin kitapları okurken, ayrıca Kuran'dan bazı sureleri de ezberlemeleri gerektiği anlaşılmaktadır.

23. Hükümet ise lisenin ilk yılı olan 9. sınıf ders kitabını sunmuştur.

Bu ders kitabı, insanın evrendeki yeri ile başlamaktadır. Daha sonra kitapta insan doğası ve din, dinin insan hayatındaki işlevi ve tektanrıcılık, çoktanrıcılık, gnostisizm, agnostisizm ve ateizm olarak adlandırılan çeşitli inanç biçimleri başlıklar halinde yer almaktadır. Ayrıca mümin ve mümin ile temizlik arasındaki bağlantı gibi çeşitli hususlarda açıklamalar yapılmaktadır; bu bölümde İslam'da kısmi ya da bütün abdest (gusül ve abdest) uygulamaları gösterilmekte-

dir. Bunlara ek olarak, Muhammed'in hayatı, Kuran ve temel kavramlar gibi birtakım esaslı unsurlar, İslami bilgilendirme amacıyla açıklanmaktadır. Ders kitabının geri kalan kısmı "aile ve değerler", "vatan, bayrak, özgürlük, bağımsızlık, insan hakları, laiklik, laik Devlet, Atatürk ve laiklik gibi" konulara ayrılmıştır. Son olarak, Türk tarihi bağlamında "Türkler ve İslam" konusu ele alınmaktadır; bu bölümde Gök-Tanrı, Manişeyizm, Budizm, Hıristiyanlık ve Yahudilik gibi, Türklerin önceki inançlarını incelemektedir. Türklerin İslam anlayışını etkileyen, özellikle Ebu Hanife (Hanefi mezhebinin kurucusu, doğum 699, ölüm 767) ve İmam Şafii (Şafi mezhebinin kurucusu, doğum 767, ölüm 820) gibi kişiler, Hoca Ahmet Yesevi ve Hacı Bektaş Veli (bk. yukarıda paragraf 8) ile birlikte ayrıca anlatılmıştır.

24. Hükümet, öğrencilerin bu konuda sadece yazılı sınavlarla değerlendirildiklerini ifade etmiştir.

III. Konuyla ilgili uluslararası metinler

A. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

25. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 18. maddesinin ilgili fıkrası şöyledir:

"4. Bu Sözleşmeye taraf Devletler, anne-babalar ile, mümkünse vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne saygı göstermeyi taahhüt ederler.

B. Avrupa Konseyi Parlamento Meclisi'nin 1396 (1999) sayılı

ve 1720 (2005) sayılı Tavsiye Kararları

26. Din ve demokrasi üzerine 1396 (1999) sayılı ve 27 Temmuz 1999 tarihli tavsiye kararında Meclis, Bakanlar Komitesi'nin üye Devlet hükümetlerini, başka şeylerin yanı sıra, şuna teşvik etmesini önermektedir:

“ 13.(ii) dinler hakkında eğitimin geliştirilmesi için ve özellikle:

(a) ahlaki ve demokratik vatandaşlık eğitimi çatısı çerçevesinde gençlerin muhakeme edebilen bir yaklaşım geliştirmesine yönelik bir değerler serisi olarak dinler hakkında öğretimi yaygınlaştırmak;

(b) Farklı dinlerin karşılaştırılmalı tarihinin, onların köklerinin vurgulanmasında, onların bazı ortak değerlerinin belirlenmesinde ve örf, adet, gelenek, bayram ve buna benzer alanlarda farklılıklarının okullarda öğretilmesini geliştirmek,

(e) Bu duyarlı meselede ailelerin özgür iradesine saygı için - çocuklarla ilgili olarak - ailelerin dini inançlarıyla devletin teşvik ettiği din eğitimi arasındaki herhangi bir ihtilaftan kaçınmak ;

27. Meclis, 4 Ekim 2005'te kabul ettiği 1720 (2005) sayılı tavsiye kararında ise, Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlerin hükümetlerini devlet eğitiminde ilk ve ortaokullarda dini eğitimin öğretilmesinde diğer şeylerin yanı sıra aşağıda belirtilen ilkeler temelinde sağlanması için teşvik etmesi gerektiği kararını almıştır:

“14.1. Herkesin kendi dininin “doğru inanç” olduğuna inanmak hususunda aynı hakka sahip oldu-

ğu ve diğer insanların farklı dine sahip oldukları için ya da hiçbir biçimde bir dine sahip olmadıkları için farklı insanlar olmadığının onlara algılatılması için öğrencilere kendi devletlerindeki ve komşu devletlerdeki dinlerin uygulamasının anlatılması eğitimin amaçlarından biri olmalı;

14.2. Dinsizliğin de bir seçenek olmasının yanında temel dinlerin tarihini tüm tarafsızlığı ile içermelidir;

14.3. Fanatik dini uygulamaların destekçilerine yaklaşımlarında güvende olmalarına imkan vermek için gençlere eğitim araçları sağlanmalıdır;

14.4. Devletin resmi bir dine sahip olduğu ülkelerde dahi kültür ve ibadet alanları arasındaki sınır aşılmalıdır. Bu bir inancın aşılması meselesi değil, ancak dinlerin neden milyonlarca kişinin inancına kaynak olduğunu gençlere anlatma meselesidir;

14.5. Din öğretmenlerinin özel bir eğitime ihtiyacı vardır. Onlar kültür veya edebiyat bilim dalı öğretmeni olmalıdırlar. Bununla birlikte, bir diğer bilim dalının uzmanları bu eğitim için sorumlu tutulabilir;

14.6. Devlet yetkilileri, öğretmen eğitimi ile ilgilenmeli ve her ülkenin kendi özelliklerine ve öğrencilerin yaşlarına göre uyarlanacak ders içerikleri ortaya koymalıdırlar. Bu programların tasarlanmasında Avrupa Konseyi, dini inançların temsilcileri de dahil olmak üzere tüm ilgili taraflarla istişare edecektir.”

C. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (IHKAK)

28. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu 5 sayılı "Müslümanlara yönelik ayrımcılığa ve hoşgörüsüzlüğe karşı mücadele" başlıklı tavsiye kararı ile okullarda dini öğretimine ilişkin genel görüşünü belirtmiştir (CRI (2000) 21, 27 Nisan 2000). İslam'ın uygulamasında ona özgü büyük farklılıkların tanınması ve dinler arasında tarafsızlığın ve eşitliğe saygı ilkelelerinin tekrarlanmasından sonra, Üye Devletlerin hükümetlerine "Okullarda din öğretiminde kültürel çoğulculuğa saygının ve bu sonuca yönelik öğretmen eğitimi için düzenlemelerin sağlanmasının gerekliliği" tavsiye edilmektedir.

29. Türkiye'ye ilişkin üçüncü raporunda (CRI (2005)), IHKAK ayrıca özellikle şu hususları göz önünde tutmuştur:

"Ders içeriği tüm dinleri kapsamakta ve öğrencilere var olan başlıca tüm dinler hakkında fikir vermek için tasarlanmaktadır. Bununla birlikte, çeşitli dini kültürlerin derslerde yer alması yerine bazı kaynaklar bu dersleri İslam ilkelelerinin öğretildiği dersler olarak tanımlamıştır. IHKAK, azınlıkların dinlerine bağlı olan öğrencilerin muafiyeti söz konusu iken, sadece Müslüman öğrencilerin bu dersleri takip etmesinin zorunlu olduğunu not etmiştir. IHKAK bu durumu belirsiz bulmaktadır: Eğer bu ders gerçekten farklı dini kültürler hakkında ise, bunu sadece Müslüman çocuklar için zorunlu tutmanın bir nedeni yoktur. Bilakis, eğer ders

esasen Müslümanlık öğretimi için tasarlanmışsa, sadece bir dine özgü demektir ve çocukların ve onların ana ve babalarının dini özgürlüğünün korunması için zorunlu olmamalıdır."

Sonuç olarak, IHKAK Türk makamlarına tavsiyede bulunarak:

"... Din kültürü eğitimine yaklaşımın tekrar gözden geçirilmesi için... (Yetkili makamlar) ya bu eğitimi seçmeli ders haline getirmeli ya da içeriğini gerçekten tüm dinlerin kültürlerini öğretecek şekilde düzeltmeli ve bundan böyle eğitimin (sadece) İslam dini öğretisi olarak algılanmaması için adımlar atmalıdırlar."

IV. Karşılaştırmalı hukuk

30. Avrupa'da dini eğitim, laik eğitim ile sıkı bağlar içindedir. İncelenen 46 Avrupa Konseyi devletinin 43'ünde, devlet okullarında din eğitimi verilmektedir. Sadece Arnavutluk, Fransa (Alsas ve Moselle bölgeleri hariç) ve Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti bu kuralın dışındadırlar. Slovenya'daki devlet okullarında ise, son sınıfta belirli bir inanca yönelik olmayan (non-confessional) bir ders verilmektedir.

31. 46 Devletten 25'inde (Türkiye de dahil), din eğitimi zorunludur. Bununla birlikte, bu yükümlülüğün her devlete göre değişen bir kapsamı vardır. Türkiye, Finlandiya, Yunanistan, Norveç, İsveç gibi beş ülkede, din derslerine girmek zorunludur. Öğretilen dini inanca sahip tüm öğrenciler, kısmen ya da tamamen dersleri takip etmek zorundadırlar. Ancak 10

devlet çeşitli hallerde muafiyete olanak tanımaktadır. Bu devletler Avusturya, Kıbrıs, Danimarka, İrlanda, İzlanda, Liechtenstein, Malta, Monako, San Marino ve İngiltere'dir. Bu ülkelerin çoğunda din eğitimi belirli bir inancın öğretimi-ne yöneliktir.

32. Diğer 10 devlet ise, öğrencilere zorunlu din eğitimi yerine geçen bir ders seçme fırsatı vermektedir. Bu durum Almanya, Belçika, Bosna Hersek, Litvanya, Lüksemburg, Hollanda, Sırbistan, Slovakya ve İsviçre'de geçerlidir. Bu ülkelerde belirli bir inancın öğretimine yönelik bakanlıklarca düzenlenen müfredatta yer almakta olup, öğrenciler önerilen diğer dersi seçmedikleri takdirde bu derse girmekle yükümlüdürler.

33. Buna karşılık 21 Üye Devlet, öğrencilere din eğitimi derslerini izlemeyi zorunlu tutmamaktadır. Din eğitimi okul sistemi içinde genel olarak düzenlenmektedir; fakat öğrenciler sadece talepte buldukları takdirde derse girmektedirler. Bu durum, şu geniş Devlet grubunda bulunmaktadır: Andora, Ermenistan, Azerbaycan, Bulgaristan, Hırvatistan, İspanya, Estonya, Gürcistan, Macaristan, İtalya, Letonya, Moldova, Polonya, Portekiz, Çek Cumhuriyeti, Romanya, Rusya, Ukrayna. Son olarak üçüncü bir grup devlette, öğrenciler din eğitimi ya da muadili dersi seçmek zorundadırlar, fakat her zaman laik dersi seçme hakları vardır.

34. Avrupa'daki din eğitimiyle ilişkin bu genel yaklaşım göstermektedir ki, çeşitli öğretim yöntemlerine rağmen, hemen tüm üye dev-

letler öğrencilere din eğitimi derslerine katılmamayı sağlayacak en az bir yol sağlamaktadırlar (Bir muafiyet mekanizması veya muadili bir derse girme seçeneği sağlayarak veya öğrencilere din eğitimi derslerine girip girmeme hususunda tercih yapma hakkı vererek).

KARAR GEREKÇESİ

I. Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ihlal edildiği iddiası

35. Başvurucular, ilk ve ortaokulda din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin öğretilme tarzının, Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesinde korunan haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Bu hüküm şöyledir:

“Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”

A. Tarafların beyanları

1. Başvurucular

36. Başvurucular, din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin tarafsız, eleştirel ve çoğulcu bir anlayışla verilmediğini ve bu nedenle Birinci Protokol'ün 2. maddesinin yorumlanması bağlamında Mahkeme'nin tanımladığı ölçütleri yerine getirmediğini ileri sürmüşlerdir. Müfredatın bu öğretimi tamamen dini bakış açısıyla vermesi ve İslam inancı ve geleneklerinin Sünni yorumunu övmesi, Sünni İslam'ın geleneksel ayinlerini açıklayan ders kitaplarıyla birlikte ele alındığında, bu öğretimin objektiflikten yoksun olduğu çok açıktır. 7. sınıf ders kitabında

Yahudilik, Hıristiyanlık, İslam, Hinduizm, Budizm gibi mevcut dinlere 15 sayfa ayırmak, yukarıda anlatılan ilkelere uygunluğu sağlamak için yeterli değildir. Aslında, sadece İslam inancının kuralları, ayinleri ve ibadetleri her zaman Sünni biçimi ile öğretilmekte ve diğer dinler hakkında ayrıntılı hiçbir bilgi yer almamaktadır. Örnek olarak, başvuruçular 6. sınıf ders kitabının 19 sayfasından daha fazlasının çeşitli günlük ibadetleri anlattığını belirtmişlerdir.

37. Bunlara ek olarak, din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin müfredatının ve içeriğinin düzenleniş şekliyle başvuruçunun inancının varlığı, Sünni bakış açılı İslam düşüncesinde inkar edilmekte ve İslam, Sünni bakış açısıyla öğretilmektedir. 9. sınıf ders kitabında, Alevi inancının başlıca şahısları ile ilgili olarak belirli bazı bilgilerin yer alması, bu ihmali gidermek için yeterli değildir; Sünni İslam'ın - terimin dini anlamıyla - "günaha girme korkusu" gibi kuralları, çocukluktan itibaren kafalara yerleştirilmektedir.

38. Başvuruçular, dersin belirli bir dinin öğretisi ve ayinleri hakkında dini nitelikte bilgi içermediği savına itiraz etmektedirler. Gerçekten, okulda kullanılan ders kitapları, müfredatta ve müfredatın uygulanmasıyla ilgili olarak verilen her türlü bilgi, öğretimin aynı zamanda temel konusu olan, öğrencilerin İslam kültürünün geliştirilmesi amacının taşıdığını göstermektedir. Başvuruçuların bu sınıflarda belli bir inanç düzeninin nakledildiği ve kültürel öğretimin bu maksatla

sağlandığı hususunda hiç şüphesi yoktur. Ahlak bilgisinin öğretilmesi ise, daha çok bu derslerin gizli amacının belli edilmemesi için bir yöntemdir.

39. Başvuruçulara göre, laiklik ilkesine göre yönetilen bir Devlet, dini eğitim alanında geniş bir takdir marjına sahip olamaz. Devlet, devlet okulunda eğitim alan çocuklara bir dini öğretmemelidir. Başvuruçular, dini inançların veya bunların ifade araçlarının meşruluğunu takdir yönünde devlete tanıyan her tür yetkinin devletin tarafsızlık görevine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

2. Hükümet

40. Hükümet, Mahkeme'nin de içtihatlarında kabul ettiği gibi Devletin tasarrufunda olan düzenleme yapma yetkisine dayanarak, din ve ahlak öğretiminin, istismarları engellemek için Devletin denetimi altında yürütüldüğünü belirtmiştir. Devlet bu alanda takdir yetkisini kullanmaktadır. Bu bakımdan Hükümet, 19 Eylül 2000 tarihinde kabul edilen kararda ortaya konulan ilkelere atıf yapmış (bk. yukarıda parag. 21) ve söz konusu derslerin farklı altyapılardan gelen öğrenciler arasında anlayışı, hoşgörüyü ve saygıyı geliştirmek amacıyla ve her bir bireyin kimliğine, Türkiye'nin ulusal ve tarihi değerlerine ve diğer dinlere ve hayat felsefelerine yönelik saygı ve anlayışı geliştirmek için hazırlandığını vurgulamıştır.

41. Hükümet Milli Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanmış olan dersin içeriğinin Anayasanın 24. maddesi ve 1739 sayılı Milli Eğitim

Temel Yasasının 12. maddesi uyarınca, laiklik ilkesine uygun olduğunu ve kesinlikle mezhepsel bir eğitim içermediğini vurgulamıştır. Bu bağlamda Hükümet, dini konular hakkındaki bilgilerin İslam'ın Sünni anlayışı üzerine kurulu olduğuna ilişkin başvuruçuların iddialarına karşı çıkmıştır. Din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinde belirli bir dinin öğretisi ve ayinleri hakkında hiçbir özel bilgi verilmemiştir; çeşitli dinler hakkında genel bilgiler verilmiştir. Buna ilaveten, dersin zorunlu niteliği, sadece çocukların derse katılma zorunluluğunu ifade etmiştir.

42. Hükümet ayrıca, derslerin objektif, çoğulcu ve tarafsız bir şekilde verildiği sürece, çocuklara Müslümanlık inancının öğretilmesinin kendiliğinden Sözleşme bakımından bir sorun çıkartmayacağını ileri sürmüştür. Çağdaş Türk toplumunda İslami çalışmalara diğer dinler ve hayat felsefelerinden daha fazla zaman ayırmak için meşru sebepler bulunmaktadır. Özellikle Türkiye'nin laik bir Devlet olduğu ve okulların bu tür bilginin aktarılması için en uygun kurumlar olduğu akılda tutulduğunda, durum daha iyi anlaşılır.

43. "Din kültürü ve ahlak bilgisi" dersinin içeriğinde, İslam'ın ülkede temsil edilen bir mezhebinin veya bir tarikatının mensuplarının görüşü dikkate alınmamıştır; dolayısıyla bu başlıklar dersin içeriğinde bulunmamaktadır. Hükümet ayrıca, daha çok felsefe alanına ait görünen Alevi inancı hakkında bilginin daha derinlemesine öğretilmesinin gerektiğini belirtmiştir.

Böylece, bu konuyla ilgili bilgi 9. sınıfta verilmiştir (lisenin ilk yılında).

44. Hükümet, dersin zorunlu niteliğinin çocukları fanatizme yol açan hurafeler ve yanlış bilgilerden koruma zorunluluğundan kaynaklandığını vurgulamıştır. Bu bağlamda Hükümet, Musevi ve Hıristiyan öğrencilerin Lozan Andlaşması ve Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu'nun 1 sayılı kararı altında bu derslerden muaf tutulduklarını vurgulamıştır (bk. yukarıda parag. 18). Duruşma sırasında Hükümet ayrıca ateist olan kişilerin de muaf olmayı istemeleri halinde taleplerinin yetkililerce değerlendirileceğini belirtmiştir.

45. Hükümet ayrıca eğitimin, laiklik ilkesine uygunluğu sıkı şekilde izleyen idare mahkemelerinin denetimine tabi olarak yürütüldüğünü söylemiştir. Buna ilaveten, ilkokul dersleriyle görevli olan öğretmenler üniversitede eğitim almışlardır ve "din kültürü ve ahlak bilgisi" bilim dalında diploma sahibidirler. Orta kısımda bu derslerde görevli olan öğretmenler, ilahiyat fakültesinden yüksek lisans derecesine sahiptirler.

46. Son olarak, Hükümete göre okul müfredatının hazırlanışı ve içeriğinin Devletin takdir yetkisi içerisinde bulunduğu Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarında da açıktır. Bu nedenle Birinci Protokol'ün 2. maddesi, ana ve babaya devletin bu ayrıcalıklı yetkisine itiraz imkanı vermemiştir. Aksi takdirde, kurumsallaşmış bir eğitim meydana getirmek imkansız olur.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi**1. Genel ilkeler**

47. Mahkeme, Birinci Protokol'ün 2. maddesinin genel yorumu hakkında başlıca ilkeleri içtihatlarında ortaya koymuştur (bk. özellikle, 07.12.1976 tarihli Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen – Danimarka kararı, parag. 50 54; 25.02.1982 tarihli Campbell ve Cosans – Birleşik Krallık kararı, parag.36 37; 18.12.1996 tarihli Valsamis – Yunanistan kararı, parag. 25 28; ve yakın zamanda, 29.06.2007 tarihli Folgero ve Diğerleri - Norveç Büyük Daire kararı, parag. 84). Birinci Protokol'ün 2. maddesinin birinci ve ikinci cümlelerinin, sadece birbirinin değil, fakat aynı zamanda ve özellikle Sözleşme'nin 8, 9 ve 10. maddelerinin ışığında yorumlanmaları gerekir (bk. yukarıda geçen Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, parag. 52).

48. Ana ve babanın kendi dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı, birinci cümledeki bu temel hak üzerine şekillenmiş olup; birinci cümle, ikinci cümle gibi, devlet eğitimi ve özel eğitim arasında ayırım yapmamaktadır. Kısacası, 2. maddenin ikinci cümlesi, eğitimde çoğulculuğu güvence altına almayı amaçlamakta olup, bu imkan Sözleşme'nin tasarladığı şekliyle “demokratik toplum”un korunması için asıldır. Modern devletin gücü göz önüne alındığında, devlet eğitimi vasıtasıyla bu amacın gerçekleştirilmesinin gerekliliği her şeyin üstündedir (bk. yukarıda geçen Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, parag. 50).

49. Birinci Protokol'ün 2. maddesi, eğitimde dini konular ile diğer konular arasında bir ayırım yapılmasına izin vermemektedir. Bu madde devlete, ister dini ister felsefi olsun, eğitim programının tamamında ana ve babanın inançlarına saygı göstermesini emretmektedir (bk. Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen kararı, parag. 51). Bu görev, sadece eğitimin içeriğine ve bunun hazırlanma şekline değil, fakat devlet tarafından üstlenilen tüm eğitsel “işlevler”in yerine getirilmesine uygulanması nedeniyle geniş kapsamlıdır. “Saygı gösterme” fiili, “kabul etme” veya “dikkate alma”dan daha fazla bir anlam taşımaktadır. Devletin esas olarak negatif yükümlülüğüne ilaveten bazı pozitif yükümlülüklerini de ima etmektedir. “İnançlar” kelimesi tek başına ele alındığında “düşünceler” ve “fikirler” sözcükleriyle eş anlamlı değildir. Bu kavram belli ölçüde inandırıcılık, ciddiyet, tutarlılık ve önem taşıyan görüşleri ifade etmektedir (bk. yukarıda geçen Valsamis, parag. 25 ve 27; yukarıda geçen Campbell ve Cosans kararı, parag. 36 37).

50. Çocuklarının “eğitim ve öğretimi”nden öncelikle sorumlu olan ana babaların çocuklarına karşı doğal görevleri olduğundan, ana babalar devletten kendilerinin dini ve felsefi inançlarına saygı göstermesini isteyebilirler. Böylece ana ve babanın bu hakkı, eğitim hakkından yararlanma ve bu hakkı kullanmayla sıkı sıkıya bağlantılı bir sorumluluğa karşılık gelmektedir (ibid).

51. Ancak, müfredatın oluşturulması ve planlanması, ilke olarak Sözleşmeciler Devletlerin yetkisi içindedir. Bu iş esasen, çözümü Mahkeme'nin görevi olmayan ve haklı olarak ülkeye ve zamana göre değişen amaca uygunluk meselelerini içerir (bk. yukarıda geçen Valsamis kararı, parag. 28). Ayrıca Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesi, devletlerin devlet okullarında verilen öğretim aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak dini veya felsefi türde objektif bilgiler yaymasını engellemektedir. Bu hüküm, ana ve babanın bu tür öğretim veya eğitimin okul müfredatına eklenmesine karşı çıkmasına da izin vermemektedir; zira aksi takdirde tüm kurumsallaşmış öğretimin işleyişi tehlikeye girer (bk. yukarıda geçen Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen kararı, parag. 53).

Gerçekten, okulda öğretilen birçok konunun, az ya da çok bazı felsefi yönleri veya sonuçlara sahip olmaması çok zor gözükmemektedir. Eğer felsefi, kozmolojik veya ahlaki nitelikteki her soruya cevabı olan veya cevap bulabilen çok geniş bir dogmatik ve ahlaki yapı oluşturan dinlerin mevcudiyeti anımsanırsa, aynı durum aslen benzer olan dinler için de geçerlidir (ibid, parag. 53).

52. Diğer yandan 2. maddenin ikinci cümlesine göre Devlet, eğitim ve öğretim konusunda üstlendiği işlevleri yerine getirirken, müfredatta yer alan bilgilerin bir dinin telkininden uzak sakin bir ortamda (bk. 24.01.2006 tarihli Şefika Köse ve diğerleri - Türkiye kabuledilebi-

lirlik kararı, no. 26625/02), öğrencilerin din hakkında eleştirel düşünce geliştirmelerine imkan verecek şekilde (bk. yukarıda parag. 27, özellikle Recommendation 1720 (2005) parag. 14) objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda iletilmesine özen göstermelidir. Devletin, ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına saygısızlık olarak değerlendirilebilir nitelikte belli bir fikrin aşılması amacını gütmeye yasaktır. İşte aşılması gereken sınır budur (bk. yukarıda geçen Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen kararı, parag. 53).

53. Uyuşmazlık konusu mevzuatı yukarıda yorumlanan Birinci Protokol'ün 2. maddesine göre incelemek için, mevzuatın amaca uygunluğuna ilişkin her tür değerlendirmeden kaçınmakla birlikte, mevzuatın cevap vermek istediği ve halen istemekte olduğu somut duruma bakılmalıdır. Sözleşme organları, geçmişte dinler hakkında bilgi veren eğitimi Sözleşme'ye aykırı bulmamalarına rağmen, öğrencilerin bir şekilde dini ibadete katılmaya zorlanıp zorlanmadıklarını veya herhangi bir şekilde dinsel aşılama maruz kalıp kalmadıklarını dikkatle tetkik etmişlerdir. Bu bağlamda, dersten muafiyet için yapılan düzenlemeler de dikkate alınması gereken bir unsurdur (bk. 03.12.1986 tarihli Anna-Nina Angelini - İsveç Komisyon kabuledilebilirlik kararı, no. 10491/83; 08.09.1993 tarihli Zenon Bernard - Lüksemburg Komisyon kabuledilebilirlik kararı, no. 17187/90; 16.01.1996 tarihli C.J., J.J. ve E.J. - Polonya Komisyon kabuledilebi-

lirlik kararı, no. 23380/94). Elbette yürürlükte bulunan hükümlerin, belli bir okul veya öğretmen tarafından uygulanmasına ilişkin istisnalar olabilir; bu durumda yetkili makamların, ana babaların dini veya felsefi inançlarının bu düzeyde özensizlik, aldırılmazlık veya dini telkin yoluyla göz ardı edilmemesi için azami özeni gösterme görevleri bulunmaktadır (bk. yukarıda geçen Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen kararı, parag. 54).

54. Mahkeme, çoğulcu bir demokratik toplumda dini inançların meşruluğuna veya bu inançların açıklanma şekillerine ilişkin devlet tarafından yapılacak her tür değerlendirmenin, devletin çeşitli dinler ve inançlar karşısında tarafsızlık görevine aykırı bulunduğunu vurguladığını hatırlatır (bk. 26.09.1996 tarihli Manoussakis ve Diğerleri – Yunanistan kararı, parag. 47; 26.10.2000 tarihli Hasan ve Chaush – Bulgaristan Büyük Daire kararı, parag. 78). Dahası, Devletin dini toplulukların birleşik bir liderlik altında kalması veya altına sokulması için tedbir almasına da gerek bulunmamaktadır (bk. 14.12.1999 tarihli Serif – Yunanistan kararı, parag. 51).

55. Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesinin bu tür bir yorumu, aynı hükmün birinci cümlesine uygun olmasının yanı sıra, Sözleşme'nin 8 ile 10. maddeleriyle ve demokratik bir toplumun amaçları ve değerlerini korumak ve geliştirmek için tasarlanmış bir belge olan Sözleşme'nin genel ruhuyla da tutarlıdır (bk. yukarıda geçen Kjeldsen, Busk Madsen ve Peder-

sen kararı, parag. 53). Öğrencilerinin kişisel bağımsızlıkları gibi karakterlerini ve zihin yeteneklerini de geliştirmek ve biçimlendirmek dahil olmak üzere, öğretim, bir okulun kuruluş amacına ulaşmaya çalışmasında kullandığı yöntemin ayrılmaz bir parçasıdır.

2. Bu ilkelerin uygulanması

56. Türk Anayasasına göre, bir devlet okulunda öğrenci olan Eylem Zengin, ilkokulun dördüncü sınıfından itibaren “din kültürü ve ahlak bilgisi” derslerine devam etmek zorunda kalmıştır.

57. Yukarıda ortaya konulan ilkeler ışığında Mahkeme, bu dersin içeriğinin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde öğretilip öğretilmediğini ilk olarak Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesiyle ilgili içtihatlarında ortaya çıkan ilkelere uygunluğunu inceleyecektir. İkinci olarak Mahkeme, Türk eğitim sisteminde ana ve babaların inançlarına saygıyı öngören hükümlerin getirilmiş olup olmadığını inceleyecektir.

(a) Derslerin içeriği

58. “Din kültürü ve ahlak bilgisi” derslerinin müfredatına göre, konular laiklik ilkesine ve düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne uygun olarak öğretilmekte ve konunun “hoşgörü ve barış kültürünü beslemesi” amaçlanmaktadır. Ayrıca başlıca dinlerin tümüne ilişkin bilgi aktarılması da amaçlanmaktadır. Ders müfredatının amaçlarından biri de, insanları “Musevilik, Hıristiyanlık, Hinduizm ve Budizm dinlerinin tarihi gelişimi, bunların temel özellikleri ve öğretilerinin içe-

riği hakkında bilgilendirmek ve objektif kriterler kullanarak Musevilik ve Hıristiyanlık karşısında İslam'ın konumunu değerlendirebilmeleri” konusunda eğitmektir (bk. yukarıda parag. 21).

59. Mahkeme'ye göre yukarıda açıklanan amaçlar, Birinci Protokol'ün 2. maddesinden kaynaklanan çoğulculuk ve objektiflik ilkelere açıkça uygun bulunmaktadır. Bu bakımdan Mahkeme, laiklik ilkesinin, Türk Anayasasının güvence altına aldığı gibi, Devleti tarafsız hakem rolüne yöneltmek suretiyle Devletin belli bir din veya inanç için tercih ortaya koymasını engellediğini ve din ve vicdan özgürlüğünü gerekli kıldığını belirtmektedir (bk. 10.11.2005 tarihli Leyla Şahin – Türkiye Büyük Daire kararı, parag. 113). Bu bağlamda Mahkeme, ilk olarak dinin okullarda öğretilmesinin fanatizm ile mücadelede uygun bir yöntem olduğu ve ikinci olarak da idare mahkemelerinin ders müfredatının hazırlanmasını ve uygulanmasını laiklik ilkesine uygunluk bakımından denetlemekle görevli olduklarına dair Hükümetin görüşlerini ilgiyle kaydeder.

60. Bununla birlikte Mahkeme, her ne kadar ders yukarıda belirtilen ilkeler üzerine kurulu olsa da, öğretim programının öğrencilerde “ibadetlerin Allah'a karşı sevgi, saygı ve şükran duygularının ifadesi olmasının yanında, kişinin sağlığına, toplum fertlerinin birbirine sevgi ve saygı ile bağlanmalarına, yardımlaşmalarına, dayanışmalarına imkan verdiği konusunda” farkındalığı artırmayı ve “İslam'ın hürufeden uzak, akılcı ve evrensel bir

din olduğunu farklı örneklerle açıklamayı” amaçladığını da gözlemlemektedir. Müfredat ayrıca, Kuran'ın ve Muhammed Peygamberin davranışları üzerinde çalışmalarını içermektedir. Aynı şekilde 7. sınıfların müfredatı, örneğin “hac ve kurban”, “melekler ve diğer görünmeyen varlıklar” ve “ahirette iman” gibi, İslam dininin temel yönlerinin öğretimini içermektedir.

61. Bu derslerde kullanılan ders kitapları üzerinde yapılan inceleme, bu kitapların genel olarak dinler konusunda bilgi aktarmakla sınırlı kalmayıp, ayrıca Müslümanlık inancının başlıca ilkeleri hakkında eğitim verdiği ve örneğin iman, beş vakit namaz, Ramazan, hac, melekler ve diğer görünmeyen varlıklar kavramı, ahirete iman gibi, bu inancın kültürel ayinleri hakkında genel bilgi verdikleri görülmektedir (bk. yukarıda parag. 21).

62. Aynı şekilde, öğrenciler Kuran'dan pek çok sure ezberlemek ve görüntüler yardımıyla namaz kılmayı öğrenmek (bk. yukarıda parag. 22) ve değerlendirme için de bunlardan yazılı sınav olmak zorundadırlar (bk. yukarıda parag. 24).

63. Böylece, Milli Eğitim Bakanlığı'nın 373 sayılı ve 19 Eylül 2000 tarihli kararı uyarınca hazırlanan ilk ve ortaokullardaki müfredat ve tüm ders kitapları, diğer dinlere ve felsefelere göre İslam bilgisine büyük öncelik vermektedir. Devletin laik yapısına rağmen, İslam'ın Türkiye'de çoğunluğun benimsediği bir din olduğu göz önünde tutulduğunda, Mahkeme'ye göre

bu durum kendi başına, belli bir fikrin aşılması olarak görülecek şekilde çoğulculuk ve objektiflik ilkelerinden uzaklaşıldığı anlamına gelmemektedir (bk. Folgero ve Diğerleri, parag. 89).

64. Ayrıca İslam öğretimine verilen önceliğin, Birinci Protokol'ün 2. maddesi bakımından kabul edilebilir sınırlar içerisinde kalmış olarak görülüp görülemeyeceği de bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de söz konusu müfredat ve ders kitapları ele alındığında, bu derslere devam eden çocukların zihinlerinin etkilenebileceğinin düşünülmesi makuldür. Bundan dolayı müfredatta yer alan bilgilerin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda verilip verilmediğinin incelenmesi gerekir.

65. Bu noktada başvuru, Alevi inancının okulda öğretilen din anlayışından birçok alanda farklı olmasına rağmen, zorunlu "din kültürü ve ahlak bilgisi" derslerinde bu inanç veya bu inanca ait dinsel uygulamalar hakkında hiçbir şey öğretilmediğini iddia etmiştir. Hükümete göre ise bu durumun nedeni, bu müfredatta İslam'ın ülkede temsil edilen bir mezhebinin veya bir tarikatın mensuplarının görüşlerinin dikkate alınmamış olmasıdır.

66. Alevi inancına gelince, bunun Türk toplumunda ve tarihinde derin kökleri ve kendisine özgü özellikleri bulunan bir dini inanç olduğu taraflar arasında tartışmalı değildir (bk. yukarıda parag. 8-9). Dolayısıyla bu inanç, okullarda öğretilen İslam'ın Sünni anlayışından farklıdır. Alevilik açıktır ki, belli öl-

çüde inandırıcılık, ciddiyet, tutarlılık ve önemden yoksun bir sekter topluluk veya "inanç" değildir (bk. yukarıda geçen Campbell ve Cosans kararı, parag. 36). Sonuç olarak "dini inançlar" ifadesinin, Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesi anlamında, bu inanca uygulanabilir olduğu şüphesizdir.

67. Ancak Hükümetin de kabul ettiği gibi, "din kültürü ve ahlak bilgisi" derslerinde Türk toplumuna hakim olan dinsel çeşitlilik dikkate alınmamaktadır. Özellikle Alevi inancına mensup Türk nüfusunun oranı çok yüksek olmasına rağmen, öğrenciler bu inancın temel öğretisine ve dinsel uygulamalarına ilişkin özellikler hakkında herhangi bir bilgi almamaktadırlar. Hükümetin Aleviler hakkında bazı bilgilerin 9. sınıfta öğretildiğiyle ilgili savı hakkında Mahkeme, başvurucular gibi (bk. yukarıda parag. 43), ilk ve ortaokulda bu inancın temel unsurları üzerine eğitim bulunmazken, bu inancın doğmasında başlıca etkisi olan iki kişinin hayatı ve felsefesinin 9. sınıfta öğretilmesinin, bu öğretimin boşluklarının telafisi için yeterli olmadığı görüşündedir.

68. Tabi ki ana ve babalar, çocuklarının doğal eğitimcileri olarak, onları kendi dini veya felsefi inançları konusunda aydınlatabilir, onları eğitebilir veya onlara rehberlik edebilirler (bk. yukarıda geçen Valamis kararı, parag. 31). Bununla birlikte, Sözleşmeciler Devletlerin dinolgunusunun öğretilmesini okul müfredatına eklemeleri durumunda, öğrencilerin ana ve babaları

haklı olarak, muafiyet koşullarından bağımsız bir biçimde, konunun objektiflik ve çoğulculuk kriterlerine uygun olarak ve kendi dini ve felsefi inançlarına saygılı bir şekilde öğretilmesini bekleyeceklerdir.

69. Dolayısıyla Mahkeme, demokratik bir toplumda, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü bağlamında, sadece eğitimde çoğulculuğun öğrencilerin dini konular bakımından eleştirel bir zihin geliştirmesine imkan verebileceği kanaatindedir (bk. Parlamenterler Meclisi Tavsiye Kararı, parag. 13 (ii) no. 1396; Tavsiye Kararı parag. 14 no.1720; yukarıda parag. 26 ve 27). Bu hususta da şu belirtilmelidir ki, Mahkeme'nin birçok kez dediği gibi bu özgürlük, dini boyutu bakımından inananların kimliği ve hayat görüşlerine dair en önemli unsurlardan biri olmasının yanı sıra, ateistler, agnostikler, şüpheçiler ya da kayıtsızlar için de değerli bir kazanımdır (bk. 18.02.1999 tarihli Buscarini ve Diğerleri - San Marino Büyük Daire kararı, parag. 34).

70. Yukarıda anlatılanların ışığında Mahkeme, "din kültürü ve ahlak bilgisi" dersinde verilen öğretimin objektiflik ve çoğulculuk kriterlerini ve ayrıca başvuruçunun kendi özel durumunda, Eylem Zengin'in Alevi inancına sahip babasının, ki ders içeriğinde bu konu açıkça eksiktir, dini ve felsefi inançlarına saygılı olma gereğini karşılar nitelikte görülemeyeceği sonucuna varmaktadır.

(b) Ana ve babanın inançlarına saygının sağlanması için uygun vasıtaların bulunup bulunmadığı

71. Mahkeme, Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesine göre Sözleşmeci Devletlerin pozitif yükümlülüğü bulunduğunu ve bunun ana ve babaya devletin din öğretiminde kendi dini ve felsefi inançlarına saygı göstermesini isteme hakkı verdiğini yinelemektedir (bk. yukarıda geçen Campbell ve Cosans kararı, parag. 37). Bir Sözleşmeci Devletin okul müfredatına din öğretimini dahil etmesi durumunda, öğrencilerin okulda verilen dini eğitimle, ana ve babalarının dini veya felsefi inançları arasında bir çelişkiyle karşılaşmalarını mümkün olduğunca bertaraf etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, Avrupa'da din eğitimi ve öğretim yaklaşımlarının çeşitliliğine rağmen, hemen tüm Üye Devletlerin, muafiyet mekanizması öngörerek veya başka bir konuda ders seçme imkanı vererek veya din eğitimi derslerini tamamen seçmeli hale getirerek, öğrencilere din eğitimi dersleri dışında en az bir seçenek sunduklarını kaydeder (bk. yukarıda parag. 34).

72. Mahkeme, Türk Anayasasının 24. maddesine göre, "din kültürü ve ahlak bilgisi"nin zorunlu derslerden biri olduğunu kaydeder. Ancak Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu Başkanlığı'nın 9 Temmuz 1990 tarihli kararıyla muafiyet imkanı tanındığı görülmektedir (bk. yukarıda parag. 18). Bu karara göre, sadece "Hıristiyanlık veya Musevilik dinine mensup Türk vatandaşları" çocuklar, "bu dinlere mensup olduklarını beyan etmeleri koşuluyla" muafiyet seçeneğine sahiptirler.

73. Mahkeme başlangıçtan beri, söz konusu öğrencilerin kategorisi ne olursa olsun, ana ve babanın kendi çocuğunun söz konusu derslerden muaf tutulması için okullara kendilerinin Hıristiyanlık veya Musevilik dinine mensup oldukları hakkında bir ön bildirimde bulunmaları zorunluluğunun, Sözleşme'nin 9. maddesine göre de bir sorun ortaya çıkarabileceği görüşündedir (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, yukarıda geçen Folgerø ve Diğerleri kararı, parag. 97). Bu bağlamda Mahkeme, Türk Anayasasının 24. maddesinde, "kimse ... dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz..." hükmünün bulunduğunu kaydeder (bk. yukarıda parag. 16). Bundan başka Mahkeme, dini inançların bireysel vicdan meselesi olduğunu her zaman vurguladığını hatırlatır (bk. diğerlerinin yanında, Sofianopoulos ve Diğerleri - Yunanistan kabuledilebilirlik kararı, no. 1977/02, 1988/02 ve 1997/02, ve ayrıca ayrıntılarda farklılıklarla birlikte, yukarıda geçen Buscarini ve Diğerleri kararı, parag. 39).

74. Buna ilaveten, Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu Başkanlığının kararı sadece iki kategori Türk vatandaşı öğrenci için muafiyet imkanı sağlamaktadır; bunlar da ana ve babaları Hıristiyanlık veya Musevilik inancına mensup olan öğrencilerdir. Mahkeme'ye göre bu durum, bu konuda verilen eğitimin bu kategorideki öğrencilerin, okulda verilen dini eğitim ile ana ve babalarının dini veya felsefi inançları arasında çelişkilerle karşılaşmalarına yol açabileceğini göstermekte-

dir. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu gibi Mahkeme de, bu durumun eleştiriye açık olduğunu değerlendirmektedir; zira "eğer bu ders gerçekten farklı dini kültürler hakkında ise, bunu yalnız Müslüman çocuklar için zorunlu tutmaya bir sebep bulunmamaktadır. Bilakis, eğer ders esas olarak İslam dinini öğretmek için hazırlanmış ise, bu takdirde ders belirli bir din hakkında olduğundan, çocukların ve onların ana ve babalarının din özgürlüklerinin korunması için zorunlu tutulmamalıdır" (bk. yukarıda parag. 29).

75. Mahkeme, Hükümete göre talep edildiği takdirde muafiyet imkanının diğer inançları da kapsayabileceğini kaydeder (bk. yukarıda parag. 19). Bununla birlikte, bu muafiyetin kapsamı ne olursa olsun, ana ve babaların okul yetkililerine kendi dini veya felsefi inançları hakkında bilgi vermek zorunda tutulmaları, muafiyet yöntemini, kendilerinin inanç hürriyetine saygının temininde elverişsiz bir araç haline getirmektedir. Ayrıca Eylem Zengin'in durumunda olduğu gibi, açık bir metin bulunmadığı sürece, okul yetkilileri her zaman bu tür bir talebi reddetme imkanına sahiptirler (bk. yukarıda parag. 11).

76. Sonuç olarak Mahkeme, muafiyet usulünün uygun bir yöntem olmadığı ve bu usulün öğretilen konunun okul ile ana ve babanın değerleri arasında bunlara bağlılık yönünden çocuklarda çelişkiye yol açabileceğini haklı olarak düşünen ana ve babalara yeterli bir koruma sağlamadığı görüşündedir. Bu özellikle de Sünni İslam dışında

bir dini veya felsefi inanca sahip ana ve babaların çocukları için uygun bir seçenek bulunmayan durumlarda böyledir; bu durumda muafiyet prosedürü, ana ve babayı ağır bir yük altına sokabilir ve çocuklarının din derslerinden muaf tutulması için kendi dini veya felsefi inançlarını ifşa etmek zorunda bırakabilir.

(c) Sonuç

77. Yukarıdaki bilgileri göz önünde tutarak Mahkeme, başvurunun, Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesinde korunan hakkının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

II. Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiği iddiası

78. Başvurucular, Sözleşme'nin 9. maddesinin de ihlal edilmiş olduğunu ileri sürmektedirler, bu maddeye göre:

"1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir."

79. Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ihlal edildiği bulgusunu göz önünde tutan Mahkeme (bk. yukarıda parag. 77), Sözleşme'nin 9.

maddesi bakımından ayrı bir meselelenin doğmadığı görüşündedir.

III. Sözleşme'nin 41 ve 46. maddelerinin uygulanması

80. Sözleşme'nin 41 ve 46. maddeleri şöyledir:

Madde 41

"Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir surette tatminine hükmeder."

Madde 46

"1. Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkeme'nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir."

A. Zarar, ücretler ve harcamalar

81. Başvurucular maddi ve manevi zararları için tazminat talebinde bulunmamışlardır. Diğer yandan, masraf ve harcamalarını ve dava ile ilgili sarf edilen mesai ücretini kapsar şekilde toplam 3,726.80 Euro talep etmişlerdir. Ücret anlaşması ve faturaları sunmuşlardır.

82. Hükümete göre, başvurucuların şikayetleri açıkça temelsiz bulunduğundan, adil karşılık sorunu doğmamaktadır.

83. Başvurucuların konumunu göz önünde tutan Mahkeme, Birinci Protokol'ün 2. maddesi baki-

mindan ihlal tespit edilmiş olmasının, uğranılan zarar açısından tek başına yeterli bir adil karşılık oluşturduğu görüşündedir. Ücretler ve masraflara ilişkin olarak Mahkeme, başvuruçuların bu başlık altındaki talebinin gereğinden fazla olmadığı kanaatinde ve adli yardım olarak verilen 850 Euro eksiltilecek, talep edilen tüm miktara hükmetmektedir.

84. Mahkeme ayrıca bu davada din öğretimi bakımından objektiflik ve çoğulculuk koşullarını karşılamayan ve ana ve babanın inançlarına saygının temini için uygun bir yöntem sunmayan Türk eğitim sisteminin yetersizliği dolayısıyla Sözleşme'nin ihlalini tespit ettiğini gözlemlemektedir. Bu sonuçlar bizzat göstermektedir ki, Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesinde korunan başvuruçuların haklarının ihlali, bu dersin müfredatının uygulaması ve ana ve babanın inançlarına saygıyı temin için uygun yöntemlerin bulunmayışıyla bağlantılı bir sorundan kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, Türk eğitim sisteminin ve ulusal mevzuatın yukarıda anılan Sözleşme hükmüne uygun hale getirilmesinin, tespit edilen ihlalin sona ermesini mümkün kılacak uygun bir giderim şekli oluşturacağını dikkate almaktadır.

B. Gecikme faizi

85. Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğu görüşündedir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ihlaline;

2. Sözleşme'nin 9. maddesi bakımından ayrı bir ihlalin doğmadığına;

3. İhlal tespit edilmiş olmasının, başvuruçuların uğradığı manevi zarar için tek başına yeterli bir adil karşılık oluşturduğuna;

4. (a) Davalı devletin, başvuruçulara müştereken, Sözleşme'nin 44(2). fıkrası uyarınca kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ücretler ve masraflar için 3,726.80 Euro, adli yardım olarak verilen 850 Euro eksiltilecek, bu miktara uygulanabilecek her tür vergi eklenmek suretiyle, ödeme günündeki kur üzerinden Yeni Türk Lirası'na dönüştürmek üzere ödemesine;

(b) Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin aşılmasından ödeme gününe kadar geçen süre için yukarıdaki miktarlara Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli faizinin üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasını
KARAR VERMİŞTİR.

**GEÇMİŞ ZAMAN
YAZILARI**

Sene 3 Şubat 1929 yılında yayımlanan Baro Dergisinden...

Merhum Kuddusi Bey



Mehmet Kuddusi Bey İstanbul Avukatları arasında gerek halkın gerek meslektaşlarının en çok hürme ve muhabbetini kazanmış olanlardan biri idi. Merhum 1203'te Yozgat'ta tevellüt etmiş, ilk ve orta tahsilini Çankırı'da yapmış, 1310 senesinde aliyül-âlâ derecede hukuk mezuniyet ruusu almış idi. Daha hukuk mektebine devam ederken adliye hizmetine de girmiş, İstanbul birinci hukuk ve istinaf hukuk mahkemeleri zabıt kâtipliğini ifa eylemiştir.

1317 senesinden beri İstanbul Avukatları arasında bulunan merhum Kuddusi Bey Baromuzun en kıdemli ve en gayretli erkanından idi. İnzibat Heyeti ikinci Reisi iken füceten vefatı bütün meslek arkadaşlarını dilhun eylemiştir.

Allah rahmet eyleye...

Merhum Arif Bey

Mehmet Arif Bey 1292 senesinde Edirne'ye tabi Uzunköprü kasabasında doğmuş, ilk ve orta tahsilini evvela orada sonra Edirne'de ikmal ile 1310'da hukuk mezuniyetini ruusu almıştı. Adliye hizmetine girdi, Şarköy, Samsun, Çatalca müddeiumumi muavinlikleri ile İskeçe ceza reisliğinde bulundu. Meşrutiyetin ilanında Gümülcüne mebusu oldu. "İlmi hukuk ve mukayesei kavanin mecmuası" namı altında bizde ilk hukuki mecmuayı çıkaran merhum idi. Bu mecmua için pek çok zahmetlere ve hatta zarara katlanmıştır. 1325'te Baroya dahil olan merhum ondan sonra avukatlığa devam etmiş ve Taramvay, Tünel, Elektrik şirketleri hukuk müşaviri olmuş idi.



Allah rahmet eyleye...

MECMUAMIZIN YENİ SENESİ

3 ŞUBAT 1929 Sayı 26 – 2

Muhterem meslekdaşlara

İstanbul Barosu Mecmuası bu sayısı ile üçüncü yaşına giriyor. Yeni sene mecmuamızı yepyeni ve pek mesut bir inkılâp ile karşıladı. Geçen sayımızda da zikretmiş olduğumuz üzere bu nüshadan itibaren mecmuamız yeni Türk harfleriyle intişara başlamıştır. Yazımızda vukua gelen bu tebeddül itiyatlarımıza ne kadar mübayin olursa olsun, öyle mühim ve kıymetli semereler verecek yüksek bir inkılâptır ki bunun uğrunda her müşkülü iktihama çalışmak hepinizin boynuna borçtur. Çünkü yeni yazının kabulü evvelâ bugünkü nesilde şimdiye kadar okuyup yazmağa muktedir olamamış yüzbinlerce, milyonlarca vatandaşı okur yazarlar sırasına geçirecek, “ağa”lardan “efendi”ler çıkaracaktır. Birkaç milyon türkün ümumilikten kurtulması ve nüfus istatistiklerimizde ancak %10 nispetini tutabilen okuryazarlar miktarının birkaç sene içinde %40-50 derecesine çıkarılması, dünya nazarında Türkiye'nin asrı ve medenî bir gafını tamamen ibraz eylediğinin en büyük delili olacaktır. Diğer taraftan yeni harflerle okuyup yazmanın kolaylığı gelecek neslin tahsilinde büsbütün kendini gösterecek ve bu nisbet bir nesil sonra %70-75 derecelerine çıkacak ve nesilden nesle artacaktır. Eski yazıya alışmış olanların itiyat yüzünden uğradıkları muvakkat zahmet eski ile hiç alâkası olmayan ümmîlerle çocuklarda hiçbir eser göstermemektedir. İşte bu pek mühim milli faideler düşünülünce yeni yazının her zahmetine seve seve katlanmak, adeta evlâdımızın atisini temin için bugün sıkıntıya razı olmak gibi, bir babalık ve insanlık vazifesidir.

Mecmuamız bu vazifeyi hakkiyle takdir ederek neşriyatını yeni yazı ve eski şerait altında idame arzusunda idi. Neçare ki harf inkılâbı yüzünden matbaalarda tahaddüs eden yeni ve ağır şartlar bu emelin birden bire icrasına imkân bırakmadı. Bu yüzden şimdilik mecmuamızın hacmini biraz tenzil iltirarında kaldık. Ahval müsait oldukça bu hacmi yeniden büyütmeğe çalışacağız.

Gene bu sebeple 1 kânunusani 1929'da çıkması lâzım gelen bu sayımızın intişarı da bir müddet taahhura uğradı. Bu nüshanın gecikmesi zarurî olarak mütaakıp sayıya da tesir etmiştir. Bu suretle kaybolan zamanı bir iki ay içinde yedirerek intişar günümüzü gene her ayın ilk gününe getireceğiz.

Her halde mecmuamız imkân dahilinde olan azamî fedakârlığı yaparak mümkün olduğu kadar kısa bir zaman içinde intişarını normal hale getirmeğe çalışacaktır. Bu zamana kadar zuhur eden bazı sekteleri muhterem meslekdaşlarımızın müsamahalarına arzederiz.

Baronun 1929 ajandası

Geçen sene o kadar hüsnü kabul görmüş olan ajandamızı bu sene yeniden bastık. 1929 senesi için yeniden ve pek zarif bir şekilde tertip edilmiş olan bu ajandayı bir kere görmek meziyetlerini takdire kifayet eder. Yeni yazının okuma yazma kaideleri hakkında Baromuz ve Dil Heyeti azasından İbrahim Necmi B. tarafından yazılmış bir mukaddime ile bütün Türkiye Barolarının levhalarını ve Baro İnzibat Meclisi azasından Cevat B. meslekdaşımızın geçen sene pek ziyade rağbet görmüş olan "Avukat Beylere hatırlatır" isimli amelî hulâsalarının tashih ve tezyil edilmiş en mükemmel şeklini ihtiva eden ajandamızı hiç korkusuz bütün meslekdaşlara ve hatta umuma tavsiye edebiliriz.

YARARLI BİLGİLER

YASAL FAİZ ORANLARI

01.01.2000-30.06.2002 arası için	911 gün	%60
01.07.2002-30.06.2003 arası için	365 gün	%55
01.07.2003-31.12.2003 arası için	184 gün	%50
01.01.2004-30.06.2004 arası için	181 gün	%43
01.07.2004-01.05.2005 arası için	300 gün	%38
01.05.2005-31.12.2005 arası için	240 gün	%12
01.01.2006-		%9

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR

<u>AYLAR</u>	<u>2004</u>	<u>2005</u>	<u>2006</u>	<u>2007</u>
OCAK	23.61	14.55	5,45	9,68
ŞUBAT	21.49	14.70	5,04	10,08
MART	19.18	15.03	4,21	10,63
NİSAN	17.03	14.96	4,96	11,01
MAYIS	15.16	13.97	4,27	10,95
HAZİRAN	13.73	12.78	4,97	10,09
TEMMUZ	12.51	11.72	5,82	9,03
AĞUSTOS	11.62	10.65	6,49	8,29
EYLÜL	11.16	9.54	7,06	7,77
EKİM	11.16	8.16	7,76	7,23
KASIM	11.07	6.89	8,60	
ARALIK	11.09	5.89	9,34	

AVUKATLIK TOPLULUK SİGORTASI PRİM 2007 TUTARLARI:

EN AZ :140,63 YTL;

EN ÇOK :914,06 YTL

SAĞLIK PRİMLİ TUTARI:

EN AZ 188,44 YTL; EN ÇOK 1.224,84 YTL

2007 ÜFE ve TÜFE ORANLARI

Sıra No	OCAK 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0,05	1
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	-0,05	1
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	9,37	9,93
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	9,68	9,76

Sıra No	ŞUBAT 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0,95	0,43
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	0,89	1,44
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	10,13	10,16
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	10,08	9,92

Sıra No	MART 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0,97	0,92
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	1,88	2,36
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	10,92	10,86
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	10,63	10,15

Sıra No	NİSAN 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0,80	1,21
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2,69	3,60
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	9,68	10,72
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	11,01	10,30

Sıra No	MAYIS 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0,39	0,50
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	3,09	4,12
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	7,14	9,23
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	10,95	10,24

Sıra No	HAZİRAN 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0,11	-0,24
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2,98	3,87
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	2,89	8,60
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	10,09	10,11

Sıra No	TEMMUZ 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0,06	-0,73
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	3,11	3,05
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	2,08	6,90
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	9,03	9,70

Sıra No	AĞUSTOS 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0,85	0,02
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	3,93	3,13
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	3,72	7,39
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	8,29	9,46

Sıra No	EYLÜL 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1,02	1,03
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	4,98	4,19
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	5,02	7,12
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	7,77	9,17

Sıra No	EKİM 2007	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0,13	1,81
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	4,84	6,08
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	4,41	7,70
4	12 Aylık Ortalamalara göre değişim oranı	7,23	8,98

2007 YILI ENFLASYON İSTATİSTİKLERİ
 (Bir Önceki Aya Göre Değişim Oranları)
1

AYLAR	ÜFE %	TÜFE %
OCAK	-0,05	1
ŞUBAT	0,95	0,43
MART	0,97	0,92
NİSAN	0,80	1,21
MAYIS	0,39	0,50
HAZİRAN	-0,11	-0,24
TEMMUZ	0,06	-0,73
AĞUSTOS	0,6	0,02
EYLÜL	0,85	1,03
EKİM	-0,13	1,81
KASIM		

2007 YILI ENFLASYON İSTATİSTİKLERİ
 (Bir önceki yılın Aralık Ayına Göre Değişim Oranları)
2

AYLAR	ÜFE %	TÜFE %
OCAK	-0,05	1
ŞUBAT	0,89	1,44
MART	1,88	2,36
NİSAN	2,69	3,60
MAYIS	3,09	4,12
HAZİRAN	2,98	3,87
TEMMUZ	3,11	3,05
AĞUSTOS	3,93	3,13
EYLÜL	4,98	4,19
EKİM	4,84	6,08
KASIM		

2007 YILI ENFLASYON İSTATİSTİKLERİ
(Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Değişim Oranları)

3

AYLAR	ÜFE %	TÜFE %
OCAK	9,37	9,93
ŞUBAT	10,13	10,16
MART	10,92	10,86
NİSAN	9,68	10,72
MAYIS	7,14	9,23
HAZİRAN	2,89	8,60
TEMMUZ	2,08	6,90
AĞUSTOS	3,72	7,39
EYLÜL	5,02	7,12
EKİM	4,41	7,70
KASIM		

2007 YILI ENFLASYON İSTATİSTİKLERİ
(12 Aylık Ortalamalara Göre Değişim Oranları)

(Bu istatistikte iki yılın 12 aylık ortalamaları baz olarak alınmıştır
(ör. 01.01.2006-31.12.2006, 1.01.2005-31.12.2005 arası))

4

AYLAR	ÜFE %	TÜFE %
OCAK	9,68	9,76
ŞUBAT	10,08	9,92
MART	10,63	10,15
NİSAN	11,01	10,30
MAYIS	10,95	10,24
HAZİRAN	10,09	10,11
TEMMUZ	9,03	9,70
AĞUSTOS	8,29	9,46
EYLÜL	7,77	9,17
EKİM	7,23	8,98
KASIM		

**YILLARA GÖRE
ÜFE/TÜFE Endeksinde
Bir Önceki Aya Göre Artış Hızı**

AYLAR	TEFE			ÜFE			TÜFE		
	2004	2005	2006	2004	2005	2006	2004	2005	2006
OCAK	0,74	0,55	1,96	0,74	0,55	0,75	0,74	0,55	0,75
ŞUBAT	0,55	0,02	0,26	0,55	0,02	0,22	0,55	0,02	0,22
MART	0,89	0,26	0,25	0,26	0,89	0,27	0,89	0,26	0,27
NİSAN	0,59	0,71	1,94	0,59	0,71	1,34	0,59	0,71	1,34
MAYIS	0,38	0,92	2,77	0,38	0,92	1,88	0,38	0,92	1,88
HAZİRAN	-0,13	0,10	4,02	-0,13	0,10	0,34	-0,13	0,10	0,34
TEMMUZ	0,22	-0,57	0,86	0,22	-0,57	0,85	0,22	-0,57	0,85
AĞUSTOS	0,58	0,85	-0,75	0,58	0,85	-0,44	0,58	0,85	-0,44
EYLÜL	0,94	1,02	-0,23	0,94	1,02	1,29	0,94	1,02	1,29
EKİM	2,22	1,79	0,45	2,22	1,79	1,27	2,22	1,79	1,27
KASIM	1,54	1,40	-0,29	1,54	1,40	1,29	1,54	1,40	1,29
ARALIK	0,45	0,42	-0,12	0,45	0,42	0,23	0,45	0,42	0,23

**YILLARA GÖRE
ÜFE/TÜFE Endeksinde
Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Hızı**

AYLAR	TEFE			ÜFE			TÜFE		
	2004	2005	2006	2004	2005	2006	2004	2005	2006
OCAK	0,74	0,55	1,96	0,74	0,55	0,75	0,74	0,55	0,75
ŞUBAT	1,29	0,57	0,97	1,29	0,57	2,22	1,29	0,57	2,22
MART	2,19	0,83	2,48	2,19	0,83	1,25	2,19	0,83	1,25
NİSAN	2,79	1,55	4,46	2,79	1,55	2,60	2,79	1,55	2,60
MAYIS	3,18	2,49	4,53	3,18	2,49	7,36	3,18	2,49	7,36
HAZİRAN	3,05	2,59	4,88	3,05	2,59	11,68	3,05	2,59	11,68
TEMMUZ	3,28	2,00	12,64	3,28	2,00	5,76	3,28	2,00	5,76
AĞUSTOS	3,87	2,87	11,80	3,87	2,87	5,30	3,87	2,87	5,30
EYLÜL	4,85	3,93	11,54	4,85	3,93	6,65	4,85	3,93	6,65
EKİM	7,18	5,79	12,04	7,18	5,79	8,01	7,18	5,79	8,01
KASIM	8,83	7,27	11,72	8,83	7,27	9,40	8,83	7,27	9,40
ARALIK	9,32	7,72	11,58	9,32	7,72	9,65	9,32	7,72	9,65

**YILLARA GÖRE
ÜFE/TÜFE Endeksinde
Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı**

AYLAR	TEFE			ÜFE			TÜFE		
	2004	2005	2006	2004	2005	2006	2004	2005	2006
OCAK	16,22	9,23	5,11	16,22	9,23	7,93	16,22	9,23	7,93
ŞUBAT	14,28	8,69	5,26	14,28	8,69	8,15	14,28	8,69	8,15
MART	11,38	7,94	4,21	11,83	7,94	8,16	11,83	7,94	8,16
NİSAN	10,18	8,18	4,96	10,18	8,18	8,83	10,18	8,18	8,83
MAYIS	8,88	9,70	7,66	8,88	8,70	9,86	8,88	8,70	9,86
HAZİRAN	8,93	8,95	12,52	8,93	8,95	10,12	8,93	8,95	10,12
TEMMUZ	9,57	7,82	14,34	9,57	7,82	11,69	9,57	7,82	11,69
AĞUSTOS	10,04	7,91	12,32	10,04	7,91	10,26	10,04	7,91	10,26
EYLÜL	9,00	7,99	11,19	9,00	7,99	10,55	9,00	7,99	10,55
EKİM	9,86	7,52	10,94	9,86	7,52	9,98	9,86	7,52	9,98
KASIM	9,79	7,61	11,67	9,79	7,61	9,86	9,79	7,61	9,86
ARALIK	9,32	7,72	11,58	9,32	7,72	9,65	9,32	7,72	9,65

**YILLARA GÖRE
ÜFE/TÜFE Endeksinde
12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı**

(Ör. Yıllık 01.01.2006 -31.12.2006, 1.01.2005-31.12.2005 arası)

AYLAR	TEFE			ÜFE			TÜFE		
	2004	2005	2006	2004	2005	2006	2004	2005	2006
OCAK	23,61	14,55	5,45	24,36	8,50	8,07	24,36	8,50	8,07
ŞUBAT	21,49	14,70	5,04	23,21	8,44	8,03	23,21	8,44	8,03
MART	19,18	15,03	4,49	21,67	8,40	8,05	21,67	8,40	8,05
NİSAN	17,03	14,96	4,09	20,01	8,42	8,11	20,01	8,42	8,11
MAYIS	15,16	13,97	4,27	18,19	8,53	8,21	18,19	8,53	8,21
HAZİRAN	13,73	12,78	4,97	16,51	8,95	8,32	16,51	8,95	8,32
TEMMUZ	12,51	11,72	5,82	15,11	8,68	8,64	15,11	8,68	8,64
AĞUSTOS	11,62	10,65	6,49	13,97	8,64	8,84	13,97	8,64	8,84
EYLÜL	11,16	9,54	7,06	12,87	8,63	9,05	12,87	8,63	9,05
EKİM	11,16	8,16	7,76	12,02	8,47	9,25	12,02	8,47	9,25
KASIM	11,07	6,89	8,60	11,29	8,31	9,44	11,29	8,31	9,44
ARALIK	11,09	5,89	9,34	10,58	8,18	9,60	10,58	8,18	9,60

ASLİYE HUKUK-SULH HUKUK GÖREV SINIRI

Yeniden Değerleme Oranının 2006 yılı için % 7,8 olarak belirlenmiştir. Buna göre HUMK m. 8'de yer alan İflas davalarıyla vakfa ilişkin davalar hariç olmak üzere, mamelek hukukundan doğan değer veya miktarı 5.910 (BEŞBİN DOKUZ YÜZ ON) YTL'yi geçmeyen davalar Sulh Hukuk Mahkemelerinde görülecektir.

TEMYİZ SINIRI (HUMK 426/a)

Miktar veya değeri 1. 170 YTL (BİN YÜZ YETMİŞ)'i geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir. Alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda 1.170 YTL'lik kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir.

MURAFAA SINIRI (HUMK m. 435)

Değeri on milyar lirayı aşan alacak ve ayın davalarında taraflardan biri temyiz veya cevap dilekçesinde duruşma yapılmasını istemiş ise, Yargıtay'ca bir gün belli edilerek taraflara usulen çağrı kağıdı gönderilir..... 11.830 YTL (ONBİRBİN SEKİZYÜZ OTUZ YTL) 'lik DURUŞMA sınırının belirlenmesinde 428. maddenin ikinci fıkrası kıyas yoluyla uygulanır.

HUMK 28 (Son) (1) numaralı bentteki kararlarda alacağın bir kısmının dava edilmiş olması durumunda, 5.910 YTL'lik kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenir. Alacağın tamamının dava edilmiş olması hâlinde, kararda asıl istemin kabul edilmeyen bölümü 5.910 YTL'yi geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur. Ancak, karşı taraf temyiz yoluna başvurduğu takdirde, diğer taraf da düzenleyeceği cevap dilekçesiyle kararı temyiz edebilir.

KARAR DÜZELTME SINIRI

1.1.2006'dan sonra verilen 6.580 YTL'den az olan hükümlerin onanması ile 1.1.2007 den başlamak üzere, yeniden değerlendirilmesinde 7.090 YTL değerinin altındaki kararların onanmasında karar düzeltme yoluna gidilemez.

2007 GELİR VERGİSİ ORANLARI

2007 takvim yılı gelirlerinin vergilendirilmesinde esas alınmak üzere aşağıdaki şekilde yeniden belirlenmiştir.

MİKTARLAR	ORANLAR
7.500 YTL'ye kadar	% 15
19.000 YTL'nin 7.500 YTL'si için 1.125 YTL, fazlası	% 20
43.000 YTL'nin 19.000 YTL'si için 3.425 YTL, fazlası	% 27
43.000 YTL'den fazlasının 43.000 YTL'si için 9.905 YTL, fazlası	% 35

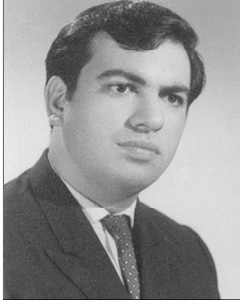
AKTARIMLAR

Av.	CÜNEYT GÖKALP	16226	08.11.2007
Av.	MEHMET ZEKİ TEK	20339	15.11.2007
Av.	MEHMET SELİM ÖZBEK	21259	25.10.2007
Av.	RABİA GÖZPINAR	23260	18.10.2007
Av.	SÜSEN GÖDEKMERDAN	25795	25.10.2007
Av.	FİLİZ KARGIN	27270	15.11.2007
Av.	HIZIR ÖZKAN	29403	08.11.2007
Av.	KORAY ALTUNORDU	30354	18.10.2007
Av.	GÖKÇEN ÇETİN	31056	25.10.2007
Av.	NESLİHAN EFE	31917	11.15.2007
Av.	EMEL İNCE	32104	18.10.2007
Av.	ELİF ERDOĞAN	32260	25.10.2007
Av.	MUSTAFA AMAÇ	32658	08.11.2007
Av.	NİHAN SARAÇ	32861	08.11.2007
Av.	SERKAN ÖZTÜRK	33223	18.10.2007
Av.	BARAN ERDEM KAYA	33536	25.10.2007
Av.	GÜLBERK GİRGİN	33615	25.10.2007
Av.	NİHAN GÖKTÜRK	34447	01.11.2007

AYRILMALAR

Av.	TEVFİK AKINCI	4552	25.10.2007
Av.	MEHMET ÖZKAN	32223	18.10.2007
Av.	SEVİNÇ YAŞAR	26465	01.11.2007
Av.	ZEHRA DEFNE DİNÇTÜRK	31066	08.11.2007
Av.	NURAY TURAN	15448	18.10.2007
Av.	ÖMER AKPAK	23926	18.10.2007
Av.	GÖNÜL ÖZGÜR	9387	25.10.2007
Av.	FERİT MAVİ	33778	18.10.2007
Av.	İBRAHİM AKBULUT	30479	18.10.2007
Av.	ALAATTİN ŞAHİNTÜRK	21063	15.11.2007
Av.	MUSTAFA KOVANCILAR	10300	18.10.2007
Av.	ASIM SELÇUK	20036	25.10.2007

YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 7119 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

ATIL AĞIN

12.11.2007 tarihinde vefat eden

Merhum 1945 yılında Urfa'da doğmuş, 1970 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1916.12.1971 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 5877 sicil sayısında kayıtlı

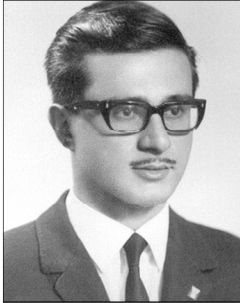
AVUKAT

DEĞER HERİŐ

19.02.2006 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1936 yılında İstanbul'da doğmuş, 1966 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1967 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11102 sicil sayısında kayıtlı

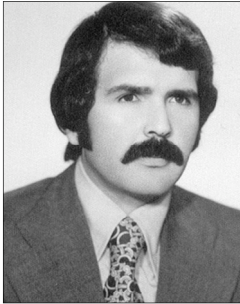
AVUKAT

TEVFİK FİKRET ÖZERGİN

27/10/2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1948 yılında Gaziantep'de doğmuş 1975 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1979 yılında Baromuz lehasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.





Baromuzun 12161 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

İZZET ERDURAK

30.10.2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1941 yılında Merzifon'da doğmuş, 1980 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1981 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 3320 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

OSMAN CELALETTİN ANGI

30.09.2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında Konya'da doğmuş, 1952 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1953 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

•



Baromuzun 5530 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

ÇETİN SOKULU

26.10.2007 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1936 yılında Ankara'da doğmuş, 1961 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1962 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur..

Merhuma Tanrıdan rahmet, ACILI ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

<u>A</u>	sayfa
“ÖNCEKİ KARARDA DİRENİLMESİNE” DENİLEREK YENİ BİR KARAR YAZILMAMASI DURUMU	2630
“YEMİN” KANITINA DAYANMA.....	2789
506 SAYILI YASA KAPSAMINDA ZORUNLU SİGORTALILIĞIN BULUNMASI KOŞULU	2637
AİLE HUKUKU.....	2643, 2655, 2679
ANAYASA MAHKEMESİ KARARI.....	2743
ARAÇ İŞLETENİN SORUMLULUĞU	2747
ARADAKİ BOŞLUKLARIN ARAŞTIRILMASI	2802
ASKERDE OLMA DURUMU	2732
ASLİYE HUKUK MAHKEMESİNİN GÖREVİ	2785
ASLİYE TİCARET MAHKEMESİNİN GÖREVİ	2783
AYNEN TESLİM DAVASI	2693
AYNI YARDIMLAR	2804
<u>B</u>	
BAĞ-KURLULUK KARİNESİ	2645
BANKANIN SÖZLEŞMEYE AYKIRI İŞLEMLERİ.....	2757
BASKIN KUSUR	2679, 2643
BEDEL ÜZERİNDEN HÜKÜM KURULMASI.....	2693
BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ	2762
BORÇLAR HUKUKU.....	2620
BORDRO	2735
BOŞANMA	2655
BOŞANMA KARARI	2679
BOŞANMADA AĞIR KUSUR	2676
<u>C, Ç</u>	
CEZA MAHKEMESİ.....	2699
CEZALARIN İNFAZ REJİMİ	2819
CEZANIN NİTELİK DEĞİŞTİRMESİ.....	2819
ÇALIŞMA SAATLERİ İÇİNDE MONTAJDAN DÖNERKEN DENİZE GİRMEK.....	2728
ÇALIŞMA SÜRESİ	2749

ÇEKİŞMESİZ YARGI2632
ÇIKIŞ GİRİŞ YAPILMIŞ OLMASI2802

D

DAHA ÖNCEKİ EYLEMLER NEDENİYLE İHTAR
CEZASI VERİLMİŞ OLMASI.....2731
DAVA DEĞERİNE GÖRE MAHKEMENİN GÖREVİNİN
BELİRLENMESİ2683
DAVA KONUSUNUN ISLAHTAKİ ÖNEMİ2812
DAVACI TARAFIN İTİRAZININ OLMAMASININ ÖNEMİ2727
DAVADA GÖREV2700
DAVADA İSTEM DIŞINA ÇIKMAK2760
DAVADA TEREKENİN TEMSİLİ2663
DENKLEŞTİRME KURALI2725, 2615
DİĞER EŞİN ALKOLİK OLMASI2643

E

ECRİMİSİL.....2685, 2687
EL BİRLİĞİ İLE MÜLKİYET2663
ELEKTRİK ABONESİ2775
EŞLERİN KARŞILIKLI KUSURU2679

F

FAİZİN BAŞLANGICI2652, 2718
FATURA ALACAKLISININ TESPİTİ2693
FAYDALI GİDERLER2665
FAZLA ÇALIŞMA.....2615, 2725, 2730
FAZLA ÇALIŞMA İŞVERENCE BİLDİRİLMİŞSE YA DA
İŞVEREN BELGELERİNE DAYANIYORSA TAKDİRİ İNDİRİM
YAPILAMAYACAĞI.....2730
FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ2735
FİİLİ KARİNE.....2741

G

GEÇERSİZ SÖZLEŞME2779
GECİKME TAZMİNATI2795
GECİKMİŞ İTİRAZ2649
GERÇEK DEĞER İLE SATIŞ BEDELİ ARASINDAKİ FARK2668
GERÇEK ZARARIN TESPİTİ2753
GÜNDE 14 SAAT ÇALIŞMANIN ESKİ VE YENİ İŞ YASASINA
GÖRE FAZLA ÇALIŞMA KAPSAMI2615

H

HAFTA TATİLİ	2725
HAFTANIN BELİRLİ GÜNLERİNDE GERÇEKLEŞEN ÇALIŞMA	2615
HAKİMİN TAKDİR VE DEĞERLENDİRME ALANI.....	2762
HAKSIZ EYLEM	2757
HAPİS HAKKI	2665
HATIR TAŞIMASI.....	2760
HAYATIN OLAĞAN AKIŞI	2693
HİSSE DEVRİ İLE KİRACILIK SIFATININ DEVREDİLMİŞ OLMAYACAĞI	2703
HİZMET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN DAVA	2785
HİZMET SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDEN SONRA DÜZENLENEN DEVAMSIZLIK TUTANAĞI	2722
HİZMET TESPİTİ	2749
HİZMET TESPİTİ DAVASI	2802
HUKUK MAHKEMESİ İLİŞKİSİ.....	2699

I, İ

ISLAH	2812
ISLAH KOŞULU	2735
İCRA İNKAR TAZMİNATI	2755
İLAVE YAPTIRIMLAR	2695
İLERİDE YAŞLILIK MAAŞI ALACAK İŞÇİNİN PASİF DEVRE HESABI.....	2810
İMAR HUKUKU.....	2709
İMAR UYGULAMASI KOŞULU	2709
İNTİFADAN MEN KURALI	2685
İŞ AKDİNİ FESHİN DAVACININ BİRÇOK EYLEMİNE DAYANMASI	2731
İŞ AKDİNİN HAKLI NEDENLE FESHİ İLE AKDİN FESHİNE GEÇERLİ NEDEN ARASINDAKİ AYIRIM	2728
İŞ AKDİNİN HAKLI NEDENLE FESHİ İLE AKDİN FESHİNE GEÇERLİ NEDEN ARASINDAKİ AYIRIM.....	2731
İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ	2720
İŞ HUKUKU	2615, 2637, 2645, 2717, 2718 2719, 2720, 2721, 2722, 2725, 2727, 2728, 2730 2731, 2732, 2734, 735, 2739, 2743, 2749, 2799, 2802, 2804, 2810
İŞ KAZASI	2814
İŞ KAZASI NEDENİYLE MADDİ TAZMİNAT	2806
İŞÇİLİK HAKLARI	2719

İŞÇİNİN KULLANMADIĞI İZİN SÜRELERİNİN

ÜCRETE DÖNÜŞECEĞİ	2722
İŞE İADE DAVASI	2732
İŞLETEN SIFATI İLE SORUMLULUK	2747
İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIK.....	2637
İZİN ÜCRETİ ALACAĞI	2722
İZİN ÜCRETİ VE İKRAMİYE ALACAKLARI	2717

K

KAMUSAL TAHKİM YÖNTEMİ	2627
KANIT YÜKÜ.....	2739, 2741, 2777
KANIT YÜKÜMÜ	2789
KARARA GÖRE İŞBAŞI İSTEMİ	2732
KARŞILIKLILIK İLKESİ	2677
KASKO SİGORTA.....	2753
KASKO SİGORTASI.....	2755
KAT MALİKİNİN BORCU	2795
KAT MALİKLERİNİN VE YÖNETİCİNİN YETKİLERİ.....	2793
KAT MÜLKİYETİ HUKUKU	2793, 2795
KENDİ PAYINDAN DAHA AZ YER KULLANMA DURUMU.....	2687
KESİN HÜKÜM	2632
KIDEM TAZMİNATI HESABI.....	2721
KIDEM TAZMİNATI	2717
KİRA HUKUKU.....	2689, 2703
KİRA PARASINA ETKİLİ UNSURLAR.....	2689
KİRA PARASININ TESPİTİNDE İZLENECEK YÖNTEM	2689
KİRA SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN DAVA	2683
KİRACILIK SIFATI	2703
KİRACININ KİRALANANI GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	2683
KİRALANAN YERİN BAŞKASINA DEVREDİLMESİ	2703
KİRALANAN YERİN SATILMASI	2683
KİRALAYAN SIFATI.....	2620
KİRALAYAN SIFATININ DEVREDİLMESİ	2620
KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI.....	2695
KOCANIN AĞIR KUSURU	2643
KOCANIN SADAKATSİZ DAVRANIŞLARI	2643
KREDİ KARTINDAN DOĞAN BORÇ	2783
KUSUR ORANI	2699
LİKİT ALACAK	2755
LOGAR KAPAĞININ ARIZASINDAN DOĞAN ZARAR	2700

M

MADDİ TAZMİNAT	2695
MADDİ TAZMİNATIN HESABI	2810
MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT	2697
MADDİ VE MANEVİ TAZMİNATTA VEKALET ÜCRETİ	2799
MADEN İŞLETİLMESİ.....	2623
MADEN SİCİLİ	2623
MAHKEME KARARLARI.....	2630
MALULİYET	2814
MANEVİ GİDERİM	2643
MANEVİ GİDERİMİN SONRADAN ISLAHLA İSTENEMEYECEĞİ.....	2812
MANEVİ TAZMİNAT.....	2757
MANEVİ TAZMİNATIN BÖLÜNMEZLİĞİ İLKESİ	2697
MİRAS HUKUKU	2677
MİRAS ORTAKLIĞINA TEMSİLCİ ATANMASI	2663
MİRAS PAYLARININ TASFİYESİNE YÖNELİK İŞLEMLER.....	2705
MİRASÇILAR ARASINDA ECRİMİSİL	2685
MİRASÇILARIN SORUMLULUĞU	2739
MİRASÇILIĞA HAK KAZANILMASI.....	2677
MİRASÇILIK BELGELERİ	2632
MİRASÇILIK DAVASI	2711
MİRASÇILIK SIFATI	2675, 2677
MİRASÇIYA DÜŞEN SORUMLULUK	2741
MİRASIN İNTİKALİ	2675
MİRASTAN MAL KAÇIRMA	2663
MUARAZANIN MENİ	2623
MURİS MUVAZAASI	2671, 2668

O, Ö

ONARIMDAN SONRA DEĞER KAZANMA.....	2753
ORTAK HAYATIN TEMELİNDEN SARSILMASI	2679
ORTAK YERLER	2793
ÖDEME SAVUNMASI	2734
ÖDEME SAVUNMASININ İTİRAZ MAHİYETİNDE OLDUĞU	2734
ÖLEN SİGORTALININ AYLIKLARININ BANKA KARTIYLA ÇEKİLMESİ.....	2739
ÖZEL HUKUK KURALLARI	2627
ÖZEL HUKUK TÜZEL KİŞİSİ.....	2627
ÖZEL PARSELASYON.....	2709

P, R

PASİF DEVRE ZARARI	2814
PAYLI MÜLKİYET.....	2687
PEŞİN SERMAYE DEĞERİ	2806
RÖDOVANS SÖZLEŞMELERİ	2623

S, Ş

SATICI VE ALICININ KARŞILIKLI BORÇLARI	2777
SEÇENEKLİ ADLİ PARA CEZASI	2819
SİGORTA PRİMİNE ESAS KAZANÇLAR.....	2804
SİGORTA ŞİRKETİNİN RÜCU HAKKININ KAPSAMI.....	2753
SİGORTALI HİZMETLERİN BAŞLANGICININ TESPİTİ	2808
SİGORTALININ ÖLÜMÜNDEN SONRA BANKAMATİKTEN ÇEKİLEN AYLIKLARIN İADESİ	2741
SON EYLEMİN HAKLI NEDEN AĞIRLIĞINDA OLMAMASI	2731
SSK TAHSİSLERİNİN ARTIŞINDAN DOĞAN RET KARARINDA MADDİ TAZMİNAT	2799
SSK TARAFINDAN AÇILAN İŞ KAZASI RÜCU DAVALARI	2743
SSK'NİN SORUMLULUĞU	2652
SÜRENİN GEÇİRİLMESİ	2727
ŞUFA HAKKI.....	2705

T

TAHAKKUK BELGESİNİN İŞÇİ TARAFINDAN İMZALANMIŞ OLMASI	2719
TAHKİM SÖZLEŞMESİ	2720
TAKDİRİ İNDİRİM.....	2727
TALEPLE BAĞLILIK KURALI	2760
TANIK BEYANI.....	2749
TARAF TEŞKİLİ.....	2711
TARAFLARIN ALDIKLARINI İADE YÜKÜMLÜLÜĞÜ	2779
TARIM BAĞ-KUR SİGORTALILIĞININ SONA ERMESİ	2640
TARIM BAĞ-KUR SİGORTALISI	2640
TARIM BAĞ-KUR SİGORTASI	2645
TAŞINMAZ PAYININ SATILMASI	2709
TAŞINMAZ SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİ	2620
TAŞINMAZA EL ATMANIN ÖNLENMESİ	2665
TAŞINMAZIN EN İYİ YERİ.....	2687
TAZMİNAT DAVASI.....	2630
TAZMİNAT HESAPLAMA YÖNTEMİ	2814

TEBLİĞ YÖNTEMİ	2749
TEBLİGAT USULSÜZLÜĞÜ ŞİKAYETİ	2649
TEBLİGAT USULÜ	2711
TEBLİĞİ ÖĞRENME TARİHİ.....	2649
TEMERRÜT İHTARI.....	2718
TEMERRÜT OLUŞMASI	2795
TEREKEDEN MAL KAÇIRMA	2671
TERHİSTEN SONRAKİ	2732
TİCARET HUKUKU.....	2753, 2755, 2757, 2760, 2762
TRAFİK HUKUKU.....	2747
TÜKETİCİ HUKUKU.....	2775
TÜKETİCİ MAHKEMESİNİN GÖREVİ	2775
TÜZEL KİŞİ	2703
<u>U, Ü</u>	
USULSÜZ TEBLİGAT	2649
UYGULAMA İMAR PLANI	2709
ÜÇ GÜN İÇİNDE İŞYERİNE BAŞVURU ŞARTI	2732
ÜCRET İSTEMİ	2734
ÜCRETSİZ İZİN SÜRESİ	2721
ÜCRETSİZ İZİNDE GEÇEN SÜRELER.....	2717
<u>V</u>	
VEKALET ÜCRETİ.....	2671
VEKALET ÜCRETİ.....	2727
VELAYET.....	2655
VELAYETİ DEĞİŞTİREN NEDENLER	2655
VELAYETİN BABAYA VERİLMESİ	2655
VERGİ ÖDENMESİ	2719
<u>Y</u>	
YABANCILARIN MİRASÇILIĞI	2677
YARALANAN KÖY KORUCUSU.....	2697
YARGIDA AÇIKLIK VE NETLİK İLKESİ	2630
YARGILAMANIN YENİLENMESİ	2632
YAZILI DELİL KOŞULU	2668
YAZILI KANIT.....	2789
YENİ UYGULAMA	2743
YOKSULLUK NAFAKASI.....	2676
YURTDIŞINDA YAPILAN TEDAVİ GİDERLERİ	2652

Z

ZAMAN YÖNÜNDEN UYGULANACAK HÜKÜM	2675
ZAMANAŞIMI DEFİ.....	2727, 2735
ZARARIN HESAPLANMASI.....	2806
ZİRAAT ODASI VE MUHTAR KAYDI.....	2645
ZORUNLU SİGORTALILIK	2640

YARGITAY KARARLARINI YASA MADDELERİNE GÖRE ARAMA DİZİNİ

• BORÇLAR KANUNU (BK/818)

Madde 19.....	2720
Madde 20.....	2720
Madde 53.....	2699
Madde 248	2620
Madde 256	2683, 2703
Madde 355	2789

• CGTİK

Madde 106/3	2819
-------------------	------

**• ESNAF VE SANATKARLAR VE DİĞER BAĞIMSIZ ÇALIŞANLAR SOSYAL
SİĞORTALAR KURUMU KANUNU (ESBÇSSKK/1479)**

Madde 63.....	2747
---------------	------

• HUKUK USULÜ MUHAKEMLERİ KANUNU (HUMK/1086)

Madde 388	2630
Madde 389	2630
Madde 445	2632
Madde 73	2711

• İCRA VE İFLAS KANUNU (İİK/2004)

Madde 65.....	2649
Madde 67.....	2755

• İMAR KANUNU

Madde 18/son	2709
--------------------	------

• İŞ KANUNU (İŞ Kanunu/1475)

Madde 61.....	2615
---------------	------

• İŞ KANUNU (İŞ Kanunu/4857)

Madde 1	2785
Madde 25/II)	2728
Madde 26.....	2717
Madde 41.....	2615, 2725
Madde 53/ 2	2722
Madde 59/1.....	2722
Madde 63.....	2615, 2725

• İŞ MAHKEMELERİ KANUNU (5521)	
Madde 1	2785
• İŞSİZLİK SİGORTASI KANUNU (4447)	
Madde Ek 38	2806
• KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU	
Madde 3	2747
• KAT MÜLKİYETİ KANUNU	
Madde 19/2.....	2793
• MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUNU (2675)	
Madde 22.....	2677
• SOSYAL SİGORTALAR KANUNU (SSK/506)	
Madde 2	2808
Madde 32/E	2652
Madde 85.....	2637
Madde 26.....	2743
• TEBLİGAT KANUNU (TK/7201)	
Madde 32.....	2649
7201 SK	2711
• TÜRK CEZA KANUNU (TMK/4721)	
Madde 50/1-a.....	2819
Madde 52.....	2819
• TÜRK MEDENİ KANUNU (TMK/4721)	
Madde 2	2687
Madde 166/1	2679
Madde 328	2655
Madde 427/1	2711
Madde 448	2675
Madde 517	2777
Madde 522	2677
Madde 640	2663
Madde 693	2687
Madde 701	2663
Madde 702/2	2663
Madde 703	2663
Madde 733/3	2705

Madde 993	2685, 2687
Madde 994	2665
Madde 995	2685, 2687
• TÜRK MEDENİ KANUNUNUN YÜRÜRLÜĞÜ VE UYGULAMA ŞEKLİ HAKKINDA KANUN (4722)	
Madde 1	2676
Madde 17.....	2675, 2677
• TÜRK TİCARET KANUNU	
Madde 1301.....	2753
• UMUMİ MÜLHAK VE HUSUSİ BÜTÇELERLE İDARE EDİLEN DAİRELER VE BELEDİYELERDE SERMAYESİNİN TAMAMI DEVLETE VE HUSUSİ İDARELERE AİT DAİRE VE MÜESSESELER ARASINDAKİ İHTİLAFLARIN TAHKİM İLE HALLİ HAKINDAKİ KANUN (3533)	
Madde 1	2627

YARGITAY KARARLARINI
DAİRELERE VE KİMLİKLERİNE
(E/K NUMARALARINA ve KARAR TARİHLERİNE)
GÖRE ARAMA DİZİNİ

√ YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
22006/9-374	2006/382	14.06.2006	2615
2006/6-352	2006/555	20.09.2006	2620
2006/11-617	2006/642	11.10.2006	2623
2006/4-715	2006/725	15.11.2006	2627
2006/4-762	2006/735	22.11.2006	2630
2006/8-721	2006/716	15.11.2006	2632
2007/10-24	2007/33	24.01.2007	2637
2007/21-73	2007/71	14.02.2007	2640
2007/2-144	2007/156	21.03.2007	2643
2007/21-172	2007/177	28.03.2007	2645
2007/12-179	2007/198	11.04.2007	2649
2007/21-203	2007/194	04.04.2007	2652
2007/2-251	2007/277	16.05.2007	2655

√ YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
22007/2123	2007/3192	26.03.2007	2663
2007/4000	2007/5011	07.05.2007	2665
2007/3107	2007/5014	07.05.2007	2668
2007/3249	2007/5128	08.05.2007	2671

√ YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2005/20742	2006/5715	18.04.2006	2675
2006/6270	2006/12888	02.10.2006	2676
2007/73163	2007/74133	15.03.2007	2677
2006/13784	2007/9035	29.05.2007	2679

√ YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2001/8142	2001/8911	09.10.2001	2683
2006/10919	2006/11579	25.09.2006	2685
2007/5864	2007/6147	17.04.2007	2687
2007/11074	2007/12122	12.07.2007	2689

√ **YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2004/6861	2005/3037	24.03.2005	2693
2005/5748	2006/6332	30.05.2006	2695
2006/4250	2006/7298	15.06.2006	2697
2005/8826	2006/6949	08.06.206	2699
2007/6335	2007/7780	07.06.2007	2700

√ **YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/6919	2007/8568	05.07.2007	2703
2007/5078	2007/9178	17.07.2007	2705

√ **YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/3466	2007/3916	21.06.2007	2709
2007/2581	2007/2931	14.05.2007	2711

√ **YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2002/7547	2002/21908	21.11.2002	2717
2005/18635	2006/1393	26.01.2006	2718
2005/38538	2006/3809	14.02.2006	2719
2006/25759	2007/109	22.01.2007	2720
2007/2147	2007/2294	06.02.2007	2721
2006/37424	2007/6510	13.03.2007	2722
2006/17647	2007/14046	03.05.2007	2725
2007/11149	2007/19516	19.06.2007	2727
2006/10726	2007/933	25.01.2007	2728
2006/22719	2007/9246	02.04.2007	2730
2006/20160	2006/29341	06.11.2006	2731
2006/18883	2007/6105	07.03.2007	2732
2006/23734	2007/10275	11.04.2007	2734
2007/20426	2007/28106	25.09.2007	2735

√ **YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2005/10659	2005/13867	26.12.2005	2739
2006/11879	2006/11666	26.09.2006	2741
2006/19986	2007/9213	04.06.2007	2743
2006/14094	2007/2533	26.02.2007	2747
2006/18104	2007/8737	28.05.2007	2749

√ **YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2005/11496	2006/11948	20.11.2006	2753
2006/4868	2007/7498	15.05.2007	2755
2005/14550	2007/9038	14.06.2007	2757
2005/13506	2007/207	15.01.2007	2760
2006/6560	2007/9485	21.06.2007	2762

√ **YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2004/7170	2004/15703	01.11.2004	2775
2004/13345	2005/1895	10.02.2005	2777
2005/1477	2005/6336	13.04.2005	2779
2006/7164	2006/11236	07.07.2006	2783
2006/12605	2006/16491	19.12.2006	2785

√ **YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/6261	2007/6898	12.07.2007	2793
2007/5064	2007/7543	24.09.2007	2795

√ **YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/6261	2007/6898	12.07.2007	2793
2007/5064	2007/7543	24.09.2007	2795

√ **YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2006/19131	2007/1864	13.02.2007	2799
2006/800	2006/5309	29.05.2006	2802
2006/4180	2007/1193	05.02.2007	2804
2006/13473	2007/1524	08.02.2007	2806
2006/5398	2007/2671	26.02.2006	2808
2006/17136	2007/793	29.01.2007	2810
2007/4261	2007/8109	15.05.2007	2812
2007/9613	2007/10822	03.07.2007	2814

√ **YARGITAY 8. CEZA DAİRESİ**

<u>E. No</u>	<u>K. No</u>	<u>K. Tarihi</u>	<u>Sayfa No</u>
2007/4584	2007/4112	24.05.2007	2817