

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



MART - NİSAN 2011

CİLT: 85 • SAYI: 2011/2 ISSN 1304-737X



İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



MART - NİSAN 2011

CİLT: 85 • SAYI: 2011/2 ISSN 1304-737X

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayınlanır.

Sahibi

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

•

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Hüseyin ÖZBEK

•

Yayından Sorumlu Yönetim Kurulu Üyeleri

Av. Başar YALTI
Av. İsmail ALTAY
Av. Hasan KILIÇ

•

YAYIN KURULU

Başkan

Av. Yörük KABALAK

•

Genel Yazman

Av. Coşkun ONGUN

•

Üyeler

Av. Osman KUNTMAN
Av. N. Ateş ATAYAKUL
Av. İsmail GÖMLEKLİ
Av. Ali Turan HÜR
Av. Sevgi BARUTÇU
Av. Hakan MURAN

•

Yönetim Yeri

Av. Orhan Adli Apaydın Sokak Baro Han Beyoğlu / İstanbul
Tel: (0212) 251 63 25 (197) / Faks: (0212) 245 68 00
web: www.istanbulbarosu.org.tr
E-posta: dergi@istanbulbarosu.org.tr

•

Tasarım/Uygulama

Anadolu Ofset Grafik Servisi

•

Baskı

Anadolu Ofset – Tel: (0212) 567 89 92 - 93
Davutpaşa Cad. Emintaş Kazım Dinçol San. Sit. No: 81/87 Topkapı, İstanbul
www.anadoluofset.net E-posta: info@anadoluofset.net
Baskı: Nisan 2011

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

* * *

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

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 100,00.-TL dir.

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

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

İÇERİK DİZİNİ

YAYIN KURULU'NDAN.....IX

YAZILAR

Prof. Dr. Selahaddin ANIK

ANILARDA BİLİRKİŞİLİK.....1

Tayfun ERCAN

TÜRK VERGİ İCRA HUKUKUNDA ÖDEME EMRİNE İTİRAZIN İNCELENMESİ.....12

Av. Yörük KABALAK

MAHKEME HARÇLARINDA SON DURUM.....27

B. Kerem GÖKTAŞ

4857 SAYILI İŞ KANUNU VE YARGI KARARLARI IŞIĞINDA DENEME SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİ.....29

Av. Talih UYAR

İCRA ve İFLAS HUKUKUNDA TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ TARAFLARI.....33

Yrd. Doç. Dr. Murat BALCI

ZORUNLU MÜDAFİİN HÜKMÜ TEMYİZ ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU.....68

Yusuf BAŞLAR

KAMU TESİS ARSALARI ÜZERİNDE İMAR PLANI UYGULAMALARI VE KARŞILAŞILAN SORUNLAR.....80

Canan KÜÇÜKALİ

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE LİMİTED ŞİRKETLERDE YÖNETİM VE TEMSİL 98

Seyithan GÜNEŞ

DEMOKRASİYİ NİYET ETMİŞ YARGI, HUKUK VE DEVLET 127

Av. Geylani KOCA

YENİ “HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU” İLE USUL HUKUKUMUZDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE UYGULAMADAKİ SORUNLARA GETİRİLEN ÇÖZÜMLER.....132

Av. Aykut CURA / Av. Nezih SÜTÇÜ

KAMU ALANINDA KALAN YERİN UZUN SÜRE KAMULAŞTIRILMAMASI NEDENİYLE DOĞAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ.....145

Av. Ferhat YILDIRIM

HEKİMİN, VEKALET SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE SORUMLULUĞU HAKKINDA, İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARI İNCELEMESİ.....	184

Çelik Ahmet ÇELİK

YARGIÇ, BİLİRKİŞİ SEÇİMİNDE ÖZGÜRDÜR HİÇ BİR YASA VEYA GENELGE YARGICIN YETKİSİNİ KISITLAYAMAZ.....	193

Adem AVCI

DEVLET MEMURLUĞUNDAN ÇIKARMA.....	198

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.....	215
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi.....	263
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi.....	273
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi.....	275
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi.....	278
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi.....	281
Yargıtay 7. Hukuk Dairesi.....	285
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi.....	287
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi.....	299
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi.....	305
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi.....	310
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi.....	313
Yargıtay 14. Hukuk Dairesi.....	315
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi.....	317
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi.....	318
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi.....	323
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi.....	325
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi.....	328
Yargıtay Ceza Dairesi Kararları.....	334

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay Kararı.....	371

UYGULAMADAN DOSYALAR

Uygulamadan Dosya.....	379

YARARLI BİLGİLER

Yararlı Bilgiler.....	398

YİTİRDİKLERİMİZ, AYRILMALAR ve NAKİLLER

Yitirdiklerimiz.....	405
Ayrılmalar.....	410
Nakiller.....	411

YAYIN KURULU'NDAN

AVUKATLAR GÜNÜ

5 Nisan her yıl Avukatlar Günü olarak kutlanıyor. Kutlamalar çerçevesinde birçok Baro tarafından eylem ve etkinlikler gerçekleştiriliyor. Bu yıl da başta İstanbul Barosu olmak üzere birçok Baro Avukatlar Günü dolayısıyla bir dizi etkinlik ve de eylem gerçekleştirecek.

Avukatlık Mesleği kutsal savunma görevini yerine getirdiğinden ta Roma'dan günümüze dek önemli ve de ilgi çekici bir meslek olagelmıştır. Bir düşünürün dile getirdiği üzere hukuku soyuttan çıkarıp somut hale getiren onu canlandıran ya da hukuku can ve mal haline getiren avukatlar, bugün zorlu koşullarda mesleği sürdürmeye çalışmaktadırlar.

CMK sisteminde yıllardır çözülemeyen ve neredeyse artık kronik hale gelen ödeme sistemi zorunlu müdafiliği özellikle genç meslektaşların sırtında bir yük haline getirmiştir. Adil yargılanma ilkesi ve yargı bağımsızlığı konusunda yaşanan aksaklıklar, mahkemelerin savunmasız yargı olamayacağı düşüncesini tam olarak içlerine sindirememesi ve bunun yansımaları, avukatlık sınavının Anayasa Mahkemesi kararına rağmen

uygulamaya konmamasından kaynaklanan ve niceliğin avukatların niteliğini olumsuz biçimde etkilemesi mesleğin en önemli sorunları olarak karşımızda duruyor.

Umarız ki bu 5 Nisan Avukatlar Günü yeni bir dönemin başlangıcı olur ve sorunların çözülmesi yolunda atılacak adımların önü açılır. Bu düşünceler doğrultusunda İstanbul Barosu Yayın Kurulu olarak başta İstanbul Barosu üyeleri olmak üzere tüm meslektaşların Avukatlar Günü'nü kutluyoruz.

Dergimizin yeni kapağı konusunda sizlerden olumlu ve olumsuz birçok tepki aldık. Bu görüşler doğrultusunda kapağımızda ufak değişiklikler gerçekleştirdik. Kapağı oluştururken sadeliğe özen gösterdiğimizi belirtmekte yarar görüyoruz.

İlk sayıda yer vermeye başladığımız Ceza Hukuku alanındaki Yargıtay kararlarına bu sayıda da devam ediyoruz. Bundan sonra karar geldiği sürece Ceza kararlarına yer vermeyi sürdüreceğiz.

Yeni bir yayında buluşmak umuyla...

Yayın Kurulu

YAZILAR

ANILARDA BİLİRKİŞİLİK

Prof. Dr. Selahaddin ANIK

1.- Tabut taşıyan kamyon

Anadolu'da şehirlerarası sefer yapan üstü açık bir kamyon, arkasındaki açık kısımda bir boş tabutu taşımaktadır. Yolda şöför kamyonun arka tarafına bir yolcu alır. Yolcuyla aldıktan bir süre sonra da yağmur yağmaya başlar. Kamyona tabutun yanına binen yolcu, yağmurdan korunmak için tabutun içerisine girer ve tabutun da kapağını üstüne örter. Yoluna devam eden kamyon daha sonra yolda arkaya bir yolcu daha alır. Kamyon yoluna devam ederken, tabuta yağmurdan korunmak için giren yolcu, yağmurun dinip dinmediğini öğrenmek için tabutun kapağını kaldırarak başını dışarı çıkarır. Bu durumda kamyona daha sonra binen yolcu, aman ölü hortladı diye korkarak kendini kamyonundan aşağı atar ve vefat eder. Bilirkişi incelemesi için gelen bu dosyada kusurlu kimdir? Kamyonun açık olan arka kısmına yolcu almak her ne kadar yasak ise de, Anadolu'da bu şekilde yolcu taşımak bir nevi adet haline gelmiştir. Arkası açık kamyonunda yağın yağmurdan korunmak için tabutun yanına binen ilk yolcunun yağmurdan korunmak için tabuta girmekten başka alabileceği bir tedbir bulunmamaktadır. Kamyonun arka tarafı boş olduğuna göre, kamyon sürücüsünün daha sonra ikinci yolcuyla da almasına, trafik kuralı dışında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Yağmurdan korunmak için tabuta giren yolcunun seyir süresince tabutta yatması söz konusu değildir. Burada trafik kurallarına riayet esasını kabul ettiğimizde, kamyon sürücüsünün tabut dışında kamyonun arka kısmına yolcu olarak insan almaması gerekir. Dolayısıyla kamyonun arka kısmından kendisini atarak ölenin, ölümünden kamyon sürücüsü tam kusurludur.

2.- Fren pedalı yerine gaz pedalına basmak

Günlük gazetelerin birinde, "ABD Ulaştırma Dairesi, milyonlarca aracı geri çağıran firmasının, kaza yapan araçlardaki sorunun yarısından fazlasının fren yerine gaza basması gibi sürücü hatalarından çıktığını ortaya koydu" başlıklı haberinin altında, ABD'de yapılan bir araştırma, bu yıl 8,5 milyon adet ve marka aracını geri çağırmak zorunda kalan ve defalarca özür dileyen a aslında yapmasam da olurmuş dedirtti. Yapılan araştırmalarda, sürücülerin yaptığı en büyük hatanın, fren yerine gaz pedalına basmak olduğu belirlendi. 58 kazanın 35'in de fren pedalına hiç basılmadığı belirtilirken, kazaların sadece 14'ünün de fren pedalına dokunulduğu ve 9 kazada da frene geç basıldığı ortaya çıkmıştır. Bu 58 kazada da 93 kişi ölmüştür. Memleketimizde de adliye akseden bu tür kazaların adedi bir hayli fazladır. Fren yerine gaz pedalına basarak kaldırma çıkıp kaldırımında yürüyen iki kişiyi öldürdükten sonra bir balıkçı dükkanına

da girerek dükkanı tahrip eden bir kazada, kazayı yapan araç sürücüsünün savunmasını **yapan vekilinin, savunmasında, "yaya kaldırımında yürüyen yayaların da kazada hiç bir kusuru yok mu?"** şeklindeki savunması da gayet enteresandır. Burada yaya caddeye inmemiş, araç YAYA KALDIRIMINA SÜRATLE ÇIKMIŞTIR.

3.- Kusur kimde?

Dava, TTK'nın 1301. maddesi uyarınca bir sigorta şirketi tarafından bir işletme firması aleyhine açılan rücu'en tazminat davasıdır. Avrupa serbest bölgesi dahilinde faaliyet gösteren ve kimyasal ürünler imal eden bir fabrikanın sahası içerisinde, bu işletme yerinin işletmecisinin elemanı olan bir forklift operatörünün yönetimindeki forklift ile konteynere atık yüklenirken atık yüklü çuvallardan birinin kaldırılırken dikkatsizlikle içerisinden kızgın yağ geçen boru hattının kaynak yerine çarparak sadece kaynak yerinin kırılması ile kızgın yağın boşalması sonucu oldukça yüksek meblağlı bir hasar meydana gelmiştir. Bu kimyasal ürün tesisatını sigorta eden sigorta şirketi hasar tazminatını ödedikten sonra, işletme şirketine rücu'en tazminat davası açmıştır.

Bu dosya üzerinde, biri makine mühendisi, biri iş hukuku ve biri de sigorta hukuku uzmanı olan üç kişilik bilirkişi heyeti'nce inceleme yapılmak üzere Anadolu'dan İstanbul Adliyesine talimat yazılmıştır. Bu dosya için tayin edilen heyette mühendis bilirkişi olarak bulunuyordum. Dosya İstanbul'a gelmeden önce mahalli Mahkeme tarafından yapılan bilirkişi incelemesinde, İşletme şirketi % 80 ve forklift operatörü de % 20 nispetinde kusurlu bulunmuştur. İstanbul'a geldikten sonra dosyayı inceleyen iş hukuku uzman arkadaşımız da işletme şirketini % 75 ve forklift operatörünü de % 25 nispetinde kusurlu olduğunu belirtmiştir. Dosyayı bir mühendis olarak incelediğimde, kırılan boruya ait bütün fotoğrafların dosyaya konulduğunu gördüm. Özellikle de kırılan kaynak dikişinin durumu gözüme çarpınca, bu kırık kaynak dikişinin incelenmesinden, kaynak dikişinin kifayetsiz, borunun et kalınlığı boyunca kaynakta bir erime olmadan acemice ve yetersiz kaynak yapıldığını gördüm. Ayrıca kaynak dikişinin kırılma şeklinin de bu kısma atık yüklü çuvalın hızla çarpmadığını ancak çarpmanın gayet yumuşak bir çarpma olduğunu tespit ettim. Eğer hızlı ve darbeli bir çarpma olsaydı, kaynak dikişinin bulunduğu bölgede bir plastik deformasyon oluşurdu. Halbuki böyle bir deformasyon olmadığı gibi, kırılmanın gevrek bir kırılma olup, hafif bir darbe ile kırıldığı anlaşılmıştır. Eğer yapılan kaynak usulüne uygun ve borunun bütün et kalınlığını kapsayacak şekilde nüfuziyetli yapılmış olsaydı, boru kaynak yerinden kırılmazdı. Tam nüfuziyetli yapılan kaynak dikişlerinin mukavemeti, borunun mukavemetinden daha fazla olduğundan, boru bir plastik deformasyona uğradı. Halbuki resimlerde böyle bir durum tespit edilmediğinden, bu kırılmanın esas sorumlusu o tesisi yapan, yaptıran ve kaynak dikişlerinin kontrolünü yapan kimselerdir. Özellikle gayet tehlikeli olan kızgın yağ nakleden borulardaki kaynakların usul ve standardına uygun olarak yapılması gerekir. Dolayısıyla da bu davada

işletme firması ve bunun forklift operatörünün herhangi bir kusuru mevcut değildir.

4.- Gaye iyi bir çay mı veya kahve mi içmek yoksa çay kaşığı veya kahve fincanının kalitesini mi tespit etmek ?

Burada, yaşadığımız günlük yaşamdan iki örnek verdikten sonra, bir bilirkişiden istenen esas görevin üzerinde duracağım. Önce üç ayrı yerde çay içelim. Bunlardan birisinin yeri bir köy veya kır kahvesidir. Oturduğunuz kahvede bir çay siparişi verdikten sonra, gelen tavşan kanı çay bardağının içinde çay kaşığı da bulunmaktadır. Çaya şekeri attıktan sonra çayı karıştırmak istediğinizde, çay kaşığını tutan parmaklarınızın yanacak derecede sıcak olan bir çay kaşığı ile karşılaşacaksınız. Yani çayı karıştırmak için bir kaç kere kaşığı bırakıp yeniden tutarsınız. İkinci çay içeceğimiz yerin de bir otel lobisi olsun. Burada da çay siparişini verelim ve çay kaşığı da kır kahvesinde olduğu gibi, gelen çay bardağının içerisinde bulunsun. Yine çaya şekeri atıp çayı karıştırmak istediğinizde, karıştırma süresince parmağınız pek yanmaz. Üçüncü çay içeceğimiz yerde çok daha lüks ve oldukça pahalı bir çay fincanı içerisinde yine kaşığın da çayın içerisinde olduğu bir durumda çayınız geldiğinde, şekeri atıp çayı karıştırdığınız da, burada da kır kahvesinde olduğu gibi parmaklarınız yanar. Fakat kaşığın kır kahvesindeki kaşıktan farkı, ondan biraz daha ağır olmasıdır. Bu üç yere de biz iyi bir çay içmek için gittik. Bizim için önemli olan çayın lezzeti ve kalitesidir. Fakat biz çayı değil, çayı karıştırmak için içerisine konulan kaşığın kalitesini değerlendirmek istediğimizde, karşımıza başka bir durum ortaya çıkar. Köy kahvesindeki çay kaşığı ısıyı iyi geçirdiği ve hafif olduğu için alüminyumdan yapılmış olup, oldukça da ucuz bir kaşıktır. Otel lobisindeki çay kaşığı da ısıyı daha az geçirdiğinden krom nikelli ostenitik yapıda bir paslanmaz çeliktir. Çok lüks ortamdaki çayda kullanılan kaşıktaki yine ısıyı çok iyi geçiren ve alüminyumdan da daha ağır olan gümüştür. Amma biz burada kaşıkları değil içtiğimiz çayı değerlendirmek için o çayları içtik.

Diğer örnek de kahve fincanları ile ilgilidir. Aynı üniversitede okuyan üç sınıf arkadaşı çok sevdikleri bir hocalarını ziyaret etmek ve özledikleri kahvesini içmek ister. Hocalarını öğrencilik yıllarında çok iyi tanımakta olup, hocaları da bizzat yaptığı kahveleri ile namlı imiş. Hocalarını ziyaret ettiklerinde hocaları da bu üç eski öğrencisine o meşhur kahvelerinden yaparak her birine ayrı bir fincanla kahveyi ikram eder. Fincanlardan birisi gayet adi tür fincandır. İkincisi daha iyi kaletli bir fincan olup, üçüncüsü de antika kalitesinde bir fincandan oluşmaktadır. Öğrencileri lezzetli kahveyi içtikten sonra kendilerine gelen fincana bakarak aradaki farklılıklara göre kendilerinin hoca karşısındaki değerini ölçmek isterler. Hoca bunu anlayınca, öğrencilerine, siz buraya kahve içmeye geldiniz, fincan beğenmeye değil, üçünüz de aynı kahveyi içtiniz. Benim nazarımda aranızda bir fark yoktur. Buna başka bir açıdan da bakılabilir: Üç eski öğrencisi üç farklı işte çalışarak bir yere gelmiş bulunmaktadır. Bunlar kendi evlerinde yine farklı fincanlarla kahve içmektedir. Hocaları bunlara servis yaptığı sırada, evinde antika pahalı fincana konan kahveyi, hocasının evinde en pahalı antika fincanda değil,

belki en ucuz bir porselen fincanda içmektedir. Bu onun değerini değil, hocasının eski öğrencilerini hayatta geldiği yerleri nazarı itibara almadan yine aynı gördüğünü de ifade eder.

Şimdi bilirkişi incelemelerinde bilirkişilerin tutumuna geçelim. Bilirkişiye verilen görev, ara kararında açık bir şekilde belirtilmesine rağmen, çok kere bilirkişiler bu ara kararında istenenlerin dışına çıkıp dosyaya başka yönlerden bakarak, istenenin cevabını pek verememektedir. Buna yaşadığım olaylardan şöyle bir örnek vermek yerinde olacaktır. Bir ticaret mahkemesinde bir dosyaya bir mühendis, bir hukukçu ve bir de maliyeciden ibaret üç kişilik bir heyet oluşturulmuş idi. Dava da tarafların birinin aralarında imzalanan bakım sözleşmesinin onarımla ilgili maddesini zamanında yerine getirmediği için, yine sözleşme hükümlerine göre gecikme cezası olan bedeli talep etmesi idi. Yani sözleşmenin hükümleri hususunda ve sözleşmenin yerinde olup olmadığı konusunda taraflar arasında herhangi bir ihtilaf da bulunmamaktadır. Fakat burada hukukçu heyet üyesi, özellikle sözleşmenin uygun olmadığını ve bu sözleşmenin iptalinin gerektiği konusunda kanaat bildirmede ısrar etmiştir. Mahkeme de özellikle bu hususu bilirkişilerden talep etmemektedir. Bu durumda mühendis bilirkişi ile hukukçu bilirkişi arasındaki fikir ayrılıkları nedeni ile dosyaya iki ayrı bilirkişi raporu ibraz edilmiş olup, maliyeci bilirkişi de iki kişi arasında ne yapacağına karar vermede zorlanmıştır.

Bu nedenle bu davaya daha sonra ek rapor vermemize rağmen, hukukçu bilirkişinin aynı kanaatte ısrar etmesi sonucu, dosya bizden sonra ikinci bir bilirkişi heyetine gitmiştir. Burada durum çay veya kahve içmek değil, Hukukçu bilirkişi için ağır bir eleştiri yapılmış ama hukukçu üyenin itiraz nedeni detaysız kalmış kaşık veya fincanın kalitesini belirlemeye dönüşmüştür.

5.- Hangisi orijinal, Hangisi sahte?

Alkolsüz içkilerin şişelerinde kullanılan kapakların bir kısmının sahte olduğunun tespiti için bilirkişi olarak tayin edilmiştim. Mahkeme Heyeti ile birlikte sahte ve orijinal kapakların bulunduğu baş bayiye giderek, buradan sahte olduğu iddia edilen kapaklarla orijinal kapaklardan yüzlerce numune aldık. Alınan numuneler üzerinde yapılan incelemede, sahte oldukları iddia edilen kapakların orijinal olan kapaklardan herhangi bir farkının bulunmadığı, değil vasat bir insanın, bu konuda uzman bir insanın dahi birini diğerinden ayırt etmesi mümkün değildi. Kapaklar gerek imalat tekniği ve kullanıldığı malzeme, gerekse boyut ve renkleri, gerekse de kapağa yazılan yazılar, işaretler ve rakamların büyüklük ve şekilleri bakımından da tamamen birbirinin aynı idi ve arada bir fark mevcut değildi. Bu arada aynı kapaklar üzerinde mahalli Cumhuriyet Savcılığına yapılan bir şikayet üzerine de, savcılık tarafından da bir bilirkişi incelemesi yapılmış ve bu hususta bir rapor tanzim edilmiş olduğunun tespiti üzerine, bu rapor talep edilerek değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Burada incelemeyi yapan bilirkişilerin, bu kapakları imal eden müessesenin iki teknik elemanı olduğu duyumu alınmıştı. Bu iki bilirkişinin verdiği raporda: "Kapakların sahte olup

olmadıklarının tespiti için 0.001 gram hassasiyetinde ve her laboratuarda bile bulunmayan özel birçok hassas terazi ile tarttıklarını, Orijinal kapağın ağırlığının 2.0 ile 2.30 gr arasında değiştiğini, sahte kapakların ağırlığının ise, 1.90 ile 2.00 gram arasında bulunduğunu, bu ağırlık farkı nedeni ile farklılık gösterdiğini, ayrıca kapakların 70 kat büyütülmüş bir ekran sisteminde incelenerek kapağın alt kısmını gözetlemek sureti ile incelemeye tabi tutulduğunu ve böylece bazı kapaklarda çapak tespit edildiğini belirterek kapakların bir kısmının sahte olduğu kanaati....." açıklanmıştır.

Bu rapordaki kanaate göre bu kapakların bir kısmının sahte olup olmadığını kabul etmek mümkün müdür ? Kapaklar çok çok hassas bir terazi ile tartılarak ağırlık bakımından olan farkın 0.10 gram olduğu göz önüne alındığında, bu kadar çok hassas bir ağırlığı normal bir insanın duyguları ile tespit etmek mümkün olmadığı gibi, kapakları 70 defa büyütecek bir sistemin de her bayide ve her yerde bulunmaması nedeni ile bunu da tespit etmek mümkün değildir. Kuyumcular ancak altını bu kadar hassas terazide tartar. Diğer önemli bir nokta da bu kapakların imalatı sırasında imalat nedeni ile de 0.10 gram mertebesinde bir ağırlık farkı ortaya çıkabilir. Bu 0.10 gramlık ağırlık farkı bu gibi imalatlar da bir nevi tolerans değeridir. Bu tespitlerle bu kapakların bir kısmının sahte olduğunu ileri sürmek pratik ve uygulanabilirlik bakımından yerinde bir tespit değildir. Bu bilirkişiler kapakları tam donanımlı bir laboratuarda çok özel cihazlarla inceleyerek bu sonuca varmışlardır. Bu inceleme sonucu tespit edilen farklılıkların uygulamaya dönük olarak kullanılması gerçeği ifade etmez. İşin ilginç yanı' bu incelemeyi yapan bilirkişilerin bu tür kapak imal eden bir işletmenin elemanı olmaları ve sonucun pratik olarak değerlendirilmesinin yapılmamasıdır. Bu bilirkişiler uygulamada çalıştıklarından, buldukları verilerin uygulamaya ne kadar yakın olduğunu da belirtmek durumu ile karşı karşıya bulunmaktadır. Bunu yapmamışlardır. Dolayısıyla böyle raporların uygulanabilirliği daima münakaşa konusudur ve gerçeğin ifadesi değildir.

6.- Bir telif hakkı davası (kim, kimin eserini kopyalamış ?)

Olay, mühendislik eğitimi veren bir üniversitesinin bir fakültesinde geçmektedir. Fakültenin profesörlerinden biri, bir asistanın yazarak üniversite dışında bastırdığı bir teknik kitabın bütün şekillerinin, fakülte tarafından basılan kendi kitabından alındığını iddia ederek, asistan aleyhine, telif haklarına tecavüzde bulunduğunu ileri sürerek dava açar. Bu davada Mahkeme tarafından bilirkişi olarak seçildiğimden, dosyaya sunulan her iki tarafın eserlerini inceledim. Profesör arkadaşın bastırdığı kitabın baskısı daha eski olup, asistanın fakülte dışında bastırdığı kitabın baskısı da daha yenidir. Bu her iki kitabın içerdiği konuları iyi bilen birisi olarak, bu konuda Türkçe dışında yabancı dilde basılan kitapları da tanıdığım, önce bu yabancı dildeki eserleri inceledim. Her iki kitabı yazanı da yakından tanımaktayım. Fakülte yayını olarak basılan kitabın müellifi olan profesör arkadaş Almanca bilmemekte, Fransızca ve İngilizce dillerini iyi bilmektedir. Fakülte dışında basılan kitabın müellifi olan asistan da tam tersi Almanca lisanını iyice bilmektedir. Bu konuda yazılan Almanca eserleri incelediğimde, profesör

arkadaşın kitabında bulunan şekillerin tamamının bu konudaki bir Almanca eserden alındığı ve bu Almanca eserin de baskı tarihinin, profesör arkadaşın kitabının baskı tarihinden çok önce olduğudur. Almanca bilen asistan kitabını yazarken, Türkçe kitabında bulunan şekilleri tamamen Almanca kitaptan almış ve buna ait literatürü de vermiş durumdadır. Fakat profesör arkadaşın kitabında kullandığı şekilleri nereden aldığı hususunda bir not bulunmamaktadır. Yani her iki kitabın da orijinali Almanca olan bir kitaptır. Bu durumda kim kimin eserini kopyalamış oluyor? Kim kimin telif hakkına tecavüz etmiş oluyor? Yani dava düşüyor.

7.-Dahi mi? Deli mi?

Burçlar içerisinde bir dahiler burcu vardır. Bu burç da **21.Ocak** ile **19.Şubat** tarihleri arasında doğanlara aittir. Bir burç kitabında, bu burç için:

"Dahiler burcudur.

Herkesten değişik bir tiptir. Çoğu kez onları anlamak zordur. Genellikle yanlış anlaşılır. Böyle zamanlarda herkesten kaçıp gizlenebileceği kimsenin ayak basamayacağı bir şatoda yaşamak isterler. Dünyayı dolaşsa bile neticede döneceği yer evidir. Evinin dünyanın en şahane yeri olduğuna inanır..." tanımı yapılmaktadır. Dahi ile deli arasında bir fark var mı?

Burada durumu biraz teknik yönden ele alalım. Bir daire çizip, üzerinde dolaştığımızda, saatin 12'yi gösterdiği yerde aynı zamanda sıfır da vardır. 90 derece sağa gidersek yani saat 03.'e gelirsek burası 90 derecedir. 90 derece daha sağa dönersek yani saat 06'da 180 dereceye geliriz. Tekrar 90 derece sağa dönersek yani saat 09'da da 270 dereceye gelmiş oluruz. Sağa son defa olarak bir 90 derece daha dönersek saat 12'ye yani 360 dereceye geliriz. Burada gözden kandırmayacağımız bir nokta, sıfır derece ile 360 derecenin üst üste oluşudur. Biz uygulamada deli dediğimiz kimse bir nevi akılsız olup, yani sıfır dereceyi temsil etmektedir. Dahi dediğimiz de süper akıllı olup, 360 dereceyi temsil ettiğine göre, burada sıfır ile 360 derecenin üst üste olduğunu da açıkça görmekteyiz. Bu da bize daima **bir delinin dahi, bir dahinin de deli olduğunu** açıkça göstermektedir. Dünya tarihine baktığımızda süper dahilerin daima deli gibi hareket ettiğini ve hatta dünya tarihini değiştirdiğini görürüz. Mesela Napolyon ve Hitler bunlardan biri olduğu gibi, Mozart da sanatkar olarak bunlardan biridir. Nitekim Napolyon da Hitler de en delice hareketi yaparak Rusya'ya seferi sonbaharın son aylarında yaparak, bunun sonucunu bir nevi hayatları ile ödemiştir. Hitler Stalingrad seferini Kasım ayında yapmıştır. Dahi ve delileri normal bir şekilde yönlendirmek ve idare etmek mümkün değildir. Eğer çalıştığınız yere bir yardımcı almak veya bir iş yerinde üst yönetici olarak çalıştığınız zaman işe alacağınız veya müşterek çalışacağınız kimseleri 360 lık olan yerden değil 270 derecelik olan saat 09 konumlu olan yerden seçmeniz, yerinde olur. Daha kolay birlikte çalışabilirsiniz.

8.-Sigara içmek zararlı mı, yoksa yararlı mı?

Günümüzde, sigaranın yarattığı tehlikeler nedeni ile kapalı alanlarda sigara içme yasağı, Memleketimizde sıkı bir şekilde uygulanmaktadır. Bu sıkı yasağa rağmen tiryakiler yine de sigara içme alışkanlıklarını bırakamamakta ve buldukları ilk fırsatta sigaralarını içmeye devam etmektedir. Bunun en güzel uygulandığı bir alan da İstanbul'daki bazı Adliye binalarımızdır. Mesela, Sirkeci veya Levent'deki adliyemize girip çıkışlarda adliye binasının önünün sigara tiryakileri ile bir hasbıhal yeri haline geldiğini hemen görürüz. Burada uzun zamandır göremediğiniz birçok tanıdık veya meslektaşınızı da görerek ayaküstü bunlarla rahat bir hasbıhal de yapabilir veya çözemediğiniz bir problemi çözebilirsiniz. Hatta birçok avukat arkadaş duruşma arasında buraya çıktığından cübbesi de üzerindedir. Aynı davanın taraf vekillerini de burada, adı iye salonunda olduğu gibi karşı karşıya değil, bir arada yan yana sigaralarını birlikte içerken görmek mümkündür. Yani sigara tiryakileri için bu adliye binalarının önü bir nevi hasbıhal, görüşme, konuşma ve hatta anlaşma yeri olmuş durumdadır. Hatta sigara tiryakileri burada çay ve kahvelerini de rahatlıkla içerek, sohbetlerini daha da koyulaştırmaktadır. Burada ortak payda sigaradır. O halde sigaranın insan hayatı için tamamen zararlı olduğunu ileri sürmek de yeterli bir iddia değildir demek yanlış olmaz. Burada sigara, insanları bir araya getirerek bir birleştirme aracı olmaktadır.

9.- Hangi dilde konuşuyoruz?

Acaba bu konuştuğumuz dilin ne kadarı Türkçe ve biz ne kadar öz Türkçe konuşuyoruz. Aşağıda 2002 yılına ait bir araştırmanın sonucunu birlikte inceleyelim. Konuştuğumuz Türkçe de 14.394 kelime tamamen yabancı kökenlidir. Şöyle ki:

Arapça.....	6.455 kelime	
Fransızca	4.702	"
İtalyanca	621	"
İngilizce.....	470	"
Yunanca.....	382	"
Almanca.....	99	"
Latince.....	91	"
Osmanlı Türkçesi.....	43	"
İspanyolca.....	38	"
Rusça.....	37	"
Slavca.....	21	"
Macarca.....	18	"
Ermenice	16	"

Moğolca.....	15 "
Bulgarca.....	8 "
İbranice.....	8 "
Portekizce.....	3 "
Japonca	2 "
Arnavutça	1 "
Norveççe.....	1 "

Toplamı..... 14.394 kelime

Şimdi biz tamamen Türkçe mi konuşuyoruz? Onun için çok defa birbirimizi anlamada zorluk çekiyoruz. Şimdi de dilimize eskiden en fazla giren Fransızca kelimelerin yerine İngilizce girmektedir. Hatta İngilizce birçok kelime, Türkçe bilmecelerimizde de çok sık kullanılmaktadır. Onun için bir birimizle anlaşabilmek için önce hitap ettiğimiz dilde anlaşmamız başta gelmektedir.

Dilimiz ilk giren yabancı dil Fransızcadır. Gülhane Hattı Hümayunundan sonra Fransızlarla ilgimiz artmış ve dolayısıyla da Fransızca kelimelerin adedi de dilimizde hızla yükselmiştir. Mesela demiryollarındaki bütün deyimler Fransızca olduğu gibi, birçok dallarda Fransızca kelimeler bol miktardadır. Zaten bizim öğrencilik yıllarımızda da ortaokulda lisede ve üniversitede yabancı dil olarak hep Fransızca okuduk. Hatta üniversitede ders veren hocalarımızın büyük bir kısmı da Fransız olup, dersleri Fransızca verirdi. Bugün özellikle de bilgisayar teknolojisinin hızlı gelişmesi nedeni ile memleketimizde hakim olan yabancı dil İngilizce olmuştur. Hatta bu bütün dünya ülkeleri için de geçerlidir. 1948 yılında kurulan uluslararası mesleki bir kuruluşunuzda konuşulan ve yazılan resmi dil İngilizce ve Fransızca idi. Hatta yıllık toplantılarında öğleden önce yapılan oturumlarda İngilizce ve öğleden sonraki oturumlarda da Fransızca konuşulurdu. Bu durumun yakın zamanlara kadar devam etmesine rağmen, bugün kuruluşun resmi dili İngilizce olarak kabul edilmiş olup, bütün konuşma ve yazışmalar sadece İngilizce yapılmaktadır. Belki yakın bir gelecekte Memleketimizde de İngilizce, Türkçenin yerini alabilir.

10.- Özürlüler için ne yaptık?

Geçenlerde özürlüler gününde, bir valilik makamında yapılacak toplantıya özürlülerin insanlar tarafından taşınarak getirildiğini gazete sayfelerinde yakından gördük. Hatta gazetenin birinde, keşke vali özürlülerin toplandığı yere gitseydi daha iyi olurdu, diye bir de sitem vardı. Bu durum Memleketimizde özürlü haklarına önem verilmediğini ve özürlünün durumunu devlet olarak pek düşünmediğimizi açıkça göstermektedir. Burada yaklaşık on yıl önce yaşadığım bir anımdan bahsetmek yerinde olacaktır. Türkiye'deki büyük holdinglerden birinin Fransa da bir fabrika kurması konusunun gündeme gelmesi üzerine bu holding, benden kısa bir dönem için kendilerine bu konuda danışmanlık yapmamı teklif etti. Ben de altı ay süre ile

bu hususu kabul ettim. Fransa'da kurulacak fabrikanın bina projeleri Türkiye'de çizildi. Fransa'da, Fransızlarla yapacağımız toplantıya giderken bu projeleri de birlikte aldık. Fransızlar Normandiye sahillerinde gayet güzel bir yeri bu fabrikaya ayırdıklarını söyleyerek burasını da heyetimize gösterdiler. Daha sonra yapılan ortak toplantıda, Türkiye'de çizilen binaya ait projeleri görmek istediler. Projelerde de ilk görmek istedikleri husus, özürllülerle ilgili kısımlar oldu. Özürllüler için ayrı asansör, ayrı hela.....gibi yerleri projede aradılar. Bu da özürllü haklarına Avrupalılar tarafından verilen önemin açık bir ifadesidir. Bugün Adliye binalarımızda özürllüler için ayrılan bir tuvalet bile yoktur. Birçok metrobüs durağında özürllülerin metrobüse kolaylıkla gidebilmesi için, özürllü asansörü dahi bulunmamaktadır.

11.- Doğru bilirkişi seçmek

Doğru ve uygun bilirkişi seçimi ile ilgili olarak, bundan takriben 30/35 sene önce başımdan geçen üç anımla durumu açıklamak daha yerinde olacaktır. Bu üç olayda da dosya Anadolu Mahkemelerinden İstanbul'a gönderilerek talimat yolu ile burada ilgili nöbetçi Mahkemelerce re'sen seçilecek bilirkişilerce incelemenin yapılması söz konusudur.

a.- Ölüme neden olan kavak mı? Yoksa kavlak mı?

Olay, bir yeraltı maden ocağında meydana gelen ölümle ilgilidir. Yer altında maden ocağında çalışan bir madencinin başına galeri veya ocağın tavanından düşen kömür veya bir taşın düşmesi sonucu madenci hayatını kaybetmiştir. Dosyada madencinin başına düşen nesnenin bir kavlak olduğundan bahsedilmekte ve tutanaklarda da kavlak olarak geçmektedir. Burada dosyada inceleme yapmak üzere seçilen üç bilirkişinin biri maden, biri gemi inşaatı ve biri de makine mühendisidir. Gemi inşaat mühendisi bilirkişinin sık sık adliyeye gitmesi ve aynı sıklıkla da trafik konularında bilirkişilik yapması nedeni ile talimat dosyası, bu gemi inşaatı mühendisi bilirkişiye verilmiş bulunuyor. Gemici bu arkadaş da hazırladığı raporda, dosyada kavlak olarak geçen kelimeyi kavak olarak alıp değerlendirme yapmış bulunuyor. Burada kavlağın tanımını da yapmak yerinde olacaktır. **Kavlak, yer altı boşluklarının tavan ve yan duvarlarında bulunan gevşemiş düşebilecek konuma gelmiş kaya, taş veya maden parçalarıdır.** Maden ocaklarında galeriler açılırken geçişlerde tavandan gevşeyen maden parça ve kütlelerinin düşmemesi için galerinin tavan ve yanlarına tahkimat yapılarak madencilerin geçiş ve çalışmaları emniyet altına alınır. Bu olayda da galeriden geçiş sırasında madencinin birinin başına kavlak tabir edilen ve iyi tahkimatı yapılmamış olan bir kömür kütlelerinin düşmesi sonucu madenci vefat etmiştir. Raporu hazırlayan gemici arkadaşın daha sonra bana gelerek hocam, kavağın maden ocağında ne işi olduğunu da bir türlü anlayamadım.Rapora bir de siz dikkatlice baksanız yerinde olur uyarısı üzerine, raporu incelediğimde, arkadaşın kavlak deyiminin dosyaya yanlış geçtiğini ve bunun kavak olması gerektiğini belirterek, kavak ağacının maden galerisine nasıl girdiğini tespit edemediği anlaşılmıştır. Daha sonra kavlağın düşmesinden kimin sorumlu olduğunu tespit ederek raporu yeniden ele aldık.

b.- Patlayan LPG tüpünde sorumlu kim?

Adana'da bir fabrikada patlayan sanayi tipi LPG tüpü, iki kişinin ölümüne sebebiyet vermiştir. Tüpteki patlamanın bir imalat hatasından mı' yoksa bakım ve kullanmadan ileri gelen bir ihmal veya hata sonucu mu meydana geldiğinin uzman bilirkişilerce tespiti için, dosya İstanbul Nöbetçi Mahkemeye gönderilmiştir. Bu dosya için de İstanbul'daki Nöbetçi Mahkeme tarafından seçilen üç bilirkişi de bir tesadüf eseri gemi inşaiye yüksek mühendisidir. Yukarıda da belirttiğim gibi bu arkadaşlar Adliyede sürekli olarak trafik konularında bilirkişilik yaptığı ve Adliyece yakından tanındığı için, Mahkemece seçilmiş bulunmaktadır. Bunlar tarafından tanzim edilen raporun, mahalli Mahkemeye ulaşmasından sonra, bir gün Üniversitedeki odamda otururken İTÜ Makine Fakültesi'nden 1955/1956 mezunu ve kısmen de öğrencim bir tüp fabrikasının genel müdürü ile yine Adliye de sık sık gördüğüm bir avukat beni ziyaret geldi. Eski mezunumuz olan fabrika genel müdürünün sınıf arkadaşı da o sıralarda Makine Fakültesinin Dekanı'dır.

Gelen bu iki kişi, benimle teknik bir hususta görüşmek isteyerek bu konudaki görüşümü bildirmemi talep ettiler. Yukarıda bahsi geçen sanayi tipi LPG tüpü, bana gelen ve genel müdür olan makine yüksek mühendisi arkadaşın tüp fabrikasında imal edilmektedir. Üç öğretim üyesi gemi inşaat mühendisinin talimat yolu ile Mahkemeye verdikleri bilirkişi raporunda da, tüpteki kaynağın hatalı olması nedeni ile tüp patladığından, patlama nedeni tamamen imalat hatası durumunda bulunmaktadır. Genel müdür ziyaretçim burada bana, Hocam olayda daha önce tanık olarak ifade vermeme rağmen, bu rapor üzerine sanık olarak ifadem talep edilmektedir, ifadesini kullandı ve patlayan tüpe ait alınmış bütün fotoğrafları ve dosyayı bana gösterdi. Fotoğrafların incelenmesinden tüpün kaynak dikişlerinde bir hata ve kopmanın olmadığı, tüpün şişerek saçtan kırılıp patladığı açıkça görünmekteydi. Bu durumdaki bir patlamanın da bir imalat hatası sonucu değil, tüpün kullanım ve depolanması sırasında bir sıcaklığa maruz kalarak içerisindeki gazın genişlemesi sonucu artan basınçla tüpün patladığını göstermekteydi. Yani tüp bir ocağa veya bir fırına yalan olarak durduğu için buradan yayılan sıcaklıkla içerisindeki basıncın yükseldiği ve dolayısıyla da patlamanın meydana geldiği anlaşıldı.

Bu durumda, bana gelenler, ne yapmaları gerektiği sorulunca: Bu incelemenin konuyu anlayan bilirkişilerce yapılmasının ve Mahkemenin de buna kani olmasının gerektiğini belirttim. Bunun için de daha önce rapor tanzim eden bilirkişilerin ihtisas konularının ne olduğunun ilgili fakültelerinden sorulmasına ve daha sonra da Makine Fakültesi'nden bu konudan anlayan bilirkişilerin isimlerinin istenmesinin yerinde olacağı, bu cevapların Mahkemeye sunularak yeniden bilirkişi incelemesi yapılmasının talep edilmesinin en uygun yol olduğunu belirtmem üzerine, avukatın bu yolda hareket ederek, yeniden bilirkişi incelemesini sağlaması, gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamıştır.

c.- Heyete bir de yeni bir gemi inşaiye mühendisi eklemek gerekli mi?

İstanbul asliye hukuk mahkemelerinden birine gelen bir talimat dosyasına, Mahkeme Hakimi tarafından iki makine mühendisi ve bir de gemi inşaiye mühendisi bilirkişi seçmek durumu söz konusudur. Sayın Hakim makine mühendisi olarak beni ve diğer öğretim üyesini seçmiş ve gemi inşaatı mühendisini seçmem için de tercihi bana bırakmıştı. Mahkeme dosyayı bana verdiğinde, bu durumu kalem de bana bildirdi. Bunun üzerine benim dışımda seçilen makine mühendisinin kim olduğuna baktım. Seçilen arkadaş yine İTÜ öğretim üyesi fakat gemi inşaatı yüksek mühendisi idi. Bunun üzerine Mahkeme Hakimi ile görüşmeye gittim. Hakim Bey, heyete iki tane mi gemi inşaiye mühendisi gerek yoksa bir tane mi sorunca ,hayır bir tane dedi. Fakat benim dışımda seçtiği bilirkişinin de makine mühendisi olduğunu belirtti. Halbuki bu arkadaşın gemi inşa yüksek mühendisi ve hatta öğrencim olduğunu belirtmem üzerine de, biz o arkadaş hep makine mühendisi olarak bilir ve görevlendirirdik dedi. Bunda Hakim Beyin de bir miktar hakkı bulunmaktadır. Zira eskiden yani Gemi İnşaiye Fakültesi kurulmadan önce, Gemi İnşaatı Mühendisliği, Makine Fakültesinin bir bölümü idi ve gemi inşaatı mühendisleri de Makine Fakültesinden mezun oldukları için, (O zamanlar gemi mühendisleri odası ayrı olmasına rağmen) gemi inşa mühendisleri Makine Fakültesi mensubu sayılmakta idi. Dolayısıyla o zamanlar gemi inşa mühendislerini Makine Fakültesi dışında tutmak pek ola, değildir.

TÜRK VERGİ İCRA HUKUKUNDA ÖDEME EMRİNE İTİRAZIN İNCELENMESİ

Tayfun ERCAN*

I. GENEL OLARAK ÖDEME EMRİ

A. Ödeme Emrine İlişkin Mevzuatın Genel Olarak Değerlendirilmesi

Kamu alacağının vadesinde ödenmemesi durumunda alacaklı kamu idaresi 6183 Sayılı Kanun'un 54. maddesinde yer verilen takip ve tahsil yöntemlerinden duruma uygun olanını kullanır. Alacaklı kamu idaresi, özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri gibi, adli yargı yerinde açacağı davada veya İcra ve İflas Kanunu hükümleri uyarınca, icra dairelerine başvurarak alacağını takip ve tahsil edemez. Bu nedenle idare kamu gücüne dayanarak, alacağını bizzat tarh ve tahakkuk ettirerek, takip eder. 54. maddede, üç tür cebri tahsil yöntemi öngörülmüştür:

1- Borçlu kamu alacağı için teminat göstermişse, teminat paraya çevrilir. Eğer, aynı ya da nakdi teminat gösterilmemiş bunun yerine kefil gösterilmişse, kefil takip edilir.

2- Kamu alacağı için gösterilen bir teminat ya da kefil bulunmuyorsa, borçluya ait kamu alacağına yetecek miktarda malı haczedilir ve paraya çevrilir.

3- Gerekli koşulların mevcutsa, kamu borçlusunun iflası istenir.

Borçlu hakkında cebri tahsilat işlemlerine başlanılabilmesi için ilk şart, alacağın vadesinde ödenmemesidir. Bununla birlikte, ödeme emrinin veya teminatlı alacaklarda 56. maddede belirtilen yazının gönderilmiş olması, vadesi gelen borcunu ödemeye davet edilmiş olması gerekir. Yani cebren takibat, ödeme emrinin veya teminatlı alacaklarda ödemeye davet yazısının tebliği ile başlar¹.

B. Ödeme Emrinin Tanımı ve Niteliği

6183 Sayılı Kanun'da ödeme emri ilgili herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Ancak yargı kararlarında ve doktrinde ödeme emrinin değişik tanımları yapılmıştır. Danıştay, ödeme emrinin tanımını, "kesinleşmiş zamanında ödenmeyen kamu alacaklarının tahsiline başlangıç olarak, alacağı süresinde ödemeyenlere, borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunma

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

¹ Kahraman Atay, "Ödeme Emrinin Düzenlenmesinde, Tebliğinde ve Takibinde Yaşanan Güçlükler ve Kayıplar", **Vergi Raporu**, 2007, s.88.

gereğini bildiren bir belge” şeklinde yapmıştır². Doktrinde ise ödeme emrinin tanımı ile ilgili olarak yapılan açıklamalar şu şekildedir: “Ödeme emri cebren tahsil işlemlerine başlanacağına yazı ile bildirilmesidir”³. “Ödeme emri, icra takibi aşamasından önce yapılan ve kamu alacağının takip ve tahsiline yönelik hukuki bir işlemdir”⁴. Ödeme emri; kamu alacağının ödenmesi için son kez yapılan bir uyarıdır. Bununla birlikte, ödeme emri cebren tahsil sürecinin başlangıcıdır⁵. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde ödeme emri; vadesi gelmiş fakat ödenmemiş kamu alacağının yedi gün içinde ödemesini borçluya ihtar eden kişisel, sübjektif, kesin, yürütülmesi zorunlu, yükümlendirici, yenilik doğurucu bir idari işlem olarak nitelendirebilir. Ödeme emri şekle bağlı bir işlem olduğundan belirli şekil, usul, konu, sebep, yetki ve amaç unsurlarını taşımalıdır aksi takdirde dava konusu edilmesi durumunda ödeme emrinin iptali söz konusu olabilir.

II. ÖDEME EMRİNE İTİRAZ NEDENLERİ, İTİRAZ YERİ VE SÜRESİ

Ödeme emri, kamu idaresinin tek taraflı bir şekilde düzenlediği kesin ve yürütülebilir bir idari işlemidir. Bu sebeple, diğer idari işlemlerde olduğu gibi hukuka aykırılıklar içermesi kaçınılmazdır. Ödeme emrini, diğer idari işlemlerden ayıran farkı, sebep unsuruna yöneltilebilecek hukuka aykırılık iddialarının kanunla sınırlandırılmasıdır⁶. 6183 sayılı Kanunun 58. Maddesinde ödeme emrine itiraz halleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁷.

Ödeme emrine itiraz, ilk olarak idari işlemlerin unsurları, daha sonra 6183 Sayılı Kanun’da belirtilen itiraz nedenleri açısından sistematik olarak incelenecektir.

A. Ödeme Emrinin Unsurları Bakımından Hukuka Aykırılık Halleri

Kamu idaresinin tek yanlı bir idari işlemi olan ödeme emrinin yetki, sebep, şekil, konu ve amaçtan oluşan unsurlarından herhangi biri bakımından hukuka aykırı olması halinde ağırlığın göre, ödeme emrinin iptali veya yok hükmünde sayılması gerekebilir⁸.

6183 sayılı Kanunun 58. Maddesinde; kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı hakkında itirazda bulunabileceği yolunda yer alan hüküm, ödeme emirlerine karşı açılacak idari davalarda ileri sürülebilecek hukuka aykırılık hallerini bunlarla sınırlandırılmamıştır.

² Dn.13.D., E:1973/5383, K:1974/2776.

³ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, **Vergi Hukuku**, Ankara, Turhan Yayınları, 2004, s.163.

⁴ Yusuf Karakoç, **Kamu Alacaklarının Tahsil Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s.154.

⁵ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **İcra ve İflas Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi, 2000, s.144.

⁶ Turgut Candan, **Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s.272.

⁷ Candan, **Amme Alacakları**, s.272.

⁸ Şükrü Kızılot, **Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları**, 12. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007, s.463.

Yetki Unsuru Yönünden : 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 3. maddesinde, ödeme emri düzenleme yetkisi alacaklı kamu idaresi, Devlet, il özel idareleri ve belediyeler olarak sayılmıştır. Özel kanunlarda bir düzenleme yapılmamış olması koşuluyla, ödeme, borçlunun ikametgahının bulunduğu yer tahsil dairesine yapılır⁹. Ödeme yeri ile borçlunun bulunduğu yerin farklı olması halinde, borçlunun bulunduğu yerdeki aynı türden alacaklı kamu dairesinin tahsil dairesinin naip olarak tayinine imkan tanınmıştır¹⁰. Fakat, uygulamada naip tayini, yetkili tahsil dairesinin, örneğin haciz uygulaması gibi, mahalline gidilerek yapılması gereken işlemleri için kabul edilmektedir. Ödeme emri gibi, posta marifetiyle yapılma imkanı bulunan işlemlerin naip eliyle yürütülmesi kabul edilmemektedir¹¹. Benzer şekilde; vergi alacakları bakımından, alacaklı vergi dairesi ile müteselsil borçlunun bağlı olduğu vergi dairesinin farklı olması durumunda, ödeme emri düzenleme yetkisi, müteselsil borçlunun bağlı olduğu vergi dairesine değil, asıl borcu tarh ve tahakkuk ettiren asıl borçlunun bağlı olduğu vergi dairesine aittir. Tahsil daireleri, yetkilerini, zamanaşımı süresi içinde kullanmak zorundadırlar. Zamanaşımı süresinin dolması alacaklı kamu idaresini yetkisiz hale getireceğinden, ödeme emrini yetki unsuru bakımından hukuka aykırı kılar¹².

Şekil Unsuru Yönünden: Ödeme emrinde borcun asıl ve ferilerinin mahiyet ve miktarları, nereye ödeneceği, müddetinde ödenmediği veya mal bildiriminde bulunulmadığı takdirde borcun cebren tahsil edileceği ve borçlunun mal bildiriminde bulununcaya kadar üç ayı geçmemek üzere hapis ile tazyik olunacağı, gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunulduğu takdirde hapis ile cezalandırılacağı ve borçlunun 114. Maddede yazılı vazifelerini yerine getirmedeği takdirde uygulanabilecek ceza miktarı gösterilmek zorundadır¹³. Bu bilgilerden herhangi birinin bulunması ödeme emrini şekil unsuru bakımından hukuka aykırı kılar ve sonuçta sakatlığın ağırlığına göre ödeme emri hukuk düzeninde hiç doğmamış sayılır ve iptali gerekir.

Sebep Unsuru Yönünden: Ödeme emrinde sebep unsuru kamu alacağının vadesinde ödenmemesidir. Vadesinde ödenmemiş bir kamu alacağından söz edilebilmesi için alacağın hukuken doğmuş olması başka bir ifadeyle tarh veya tahakkuk işlemlerinin yapılarak ilgisine tebliğ edilmiş olması gerekir¹⁴. Şayet, alacak hukuken mevcut değilse, düzenlenen ödeme emri sebep unsuru bakımından hukuka aykırı olur. 6183 sayılı Kanunu'nun 55. Maddesinde öngörülen sebepler dışında, özel kanunlarda ve özel düzenlemelerde de, bu hususta öngörülen sebepler bulunmaktadır. Örneğin, V.U.K. 10. Maddesine dayanılarak ödeme emri tanzim edilip tebliğ edilebilmesi için, asıl borçlularla ilgili sebeplerin yanında, ilaveten kanuni temsilcilerin sorumluluğuna gidilebilmesi için aranan koşullarında gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.

⁹ AATUHK., md.39.

¹⁰ AATUHK., md.5/2.

¹¹ Dn.7.D., 23.6.2005, E:2004/1657, K:2005/1369.

¹² Candan, **Amme Alacakları**, s.274.

¹³ Dn.3.D., 10.12.1986, E:1986/1143, K:1986/2543.

¹⁴ Kızılot, **a.g.e.**, s.465.

Konu Unsuru Yönünden: Ödeme emrinin konusu, tahsil edilmek istenen kamu alacağıdır. Kamu alacağı niteliği taşımayan alacakların ödeme emri ile istenilmesi olanaklı değildir¹⁵. Bu türden alacaklar için tanzim edilerek tebliğ olunan ödeme emri, konu unsuru bakımından sakat bir idari işlemdir. Aynı şekilde, istenilen borç miktarının hesabında yapılan hata da ödeme emrini konu unsuru bakımından sakatlar¹⁶. 6183 Sayılı Kanun'un üçüncü maddesinde "kamu alacağı" kavramı birinci ve ikinci maddeler kapsamına giren alacaklar olarak tanımlanmıştır. Ödeme emri ile talep edilen alacağın, kamu alacağı olmadığı saptanırsa, ödeme emri konu unsuru bakımından hukuka aykırı demektir¹⁷.

Amaç Unsuru Yönünden: Kamu yararı amacı taşımayan idari işlemlerin tesisi mümkün değildir. Bu bakımdan özel bir amaç güdümlerle ödeme emrinin düzenlenmiş olması ödeme emrini amaç unsuru yönünden hukuka aykırı hale getirir. Ödeme emrinin düzenlenmesindeki yegane amaç tahsilatın bir an önce yapılmasıdır. Bu kapsamda ödeme emrinin bu amaç dışında örneğin herhangi bir kimseyi zarara uğratmak veya kendisine haksız bir çıkar sağlamak amacıyla düzenlenen ödeme emirleri amaç unsuru yönünden hukuka aykırıdır.

B. 6183 Sayılı Kanun'da Yer Alan İtiraz Nedenleri

Ödeme emri, vadesi dolmuş ve kesinleşmiş bir kamu alacağının ödenmesi için düzenlenir. 6183 sayılı Kanunun 58. Maddesi, ödeme emri tebliğ edilen kamu borçlusunun yalnızca üç nedenden birisine dayanarak ödeme emrine karşı dava açabileceğini öngörmektedir¹⁸. İlgili, böyle bir borcu olmadığı, borcu kısmen ödediği ve borcun zamanaşımına uğradığını ileri sürebilir. Borcun olmadığına dair yapılan itiraz nedeni olarak; borcun tamamen ödenmiş olduğu, vadenin dolmamış olduğu, tarhiyata ilişkin yapılan tebligatın usulsüz olduğu, bahis konusu borcun tahakkuk zamanaşımına uğradığı, şahısta hata yapıldığı, tekin, mücbir sebep ve uzlaşma gibi birçok neden sayılabilir¹⁹. Borcun kısmen ödendiğini iddiasıyla itiraz eden borçlunun öncelikle yaptığı ödemenin amacını ve miktarını açıkça ortaya koyması ve kanıtlarını vergi mahkemesine vermiş olması gerekir. Borçlu bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen itiraz etmemiş kabul edilir. Borçlunun,

¹⁵ Uluğ İlve YÜCESOY, "Vergi İcra Hukukunda Ödeme Emri ve Sonuçları", (**Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**), İzmir, 2006, s. 67, Mustafa Bozbtıyk, "Ödeme Emrine İtiraz Ve İctihadi Birleştirme Kararı", **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı:4, Yıl:1988, S.121.

¹⁶ Candan, **Amme Alacakları**, s.312.

¹⁷ Kızılot, **a.g.e.**, s.468.

¹⁸ Bu konudaki yargı kararları için bakınız: Dn.3.D., 20.5.1986, E:1986/648, K:1986/850, Dn.3.D., 16.10.1997, E:1996/4885, K:1997/3483, Dn.3.D., 22.6.1988, E:1987/1361, K:1988/1846, Dn.4.D., 7.4.2005, E:2004/639, K:2005/578, Dn.3.D., 19.1.1989, E:1988/1401, K:1989/133, Dn.3.D.'nin, 7.1.1987 gün ve E: 1986/3080, K: 1987/48, DİBK., 3.4.1987, E:1986/3, K:1987/1, Dn.7.D., 11.4.2002, E:2000/3612, K:2002/1533, Dn.4.D., 19.3.1998, E:1997/3617, K:1998/1033, Dan.7.D., 29.11.2000, E:2000/3653, K:2000/3505, Dn.3.D.'nin E:1990 ve K:1991/750, Dn.7.D., 5.4.2000, E:1999/2627, K:2000/973.

¹⁹ Recai Dönmez, **Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu İle Takip**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2005, s.21-22, Selahattin Tuncer, **Teoride ve Uygulamada Kamu Alacağı**, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 4099, İstanbul, 1998, s.269.

mahsup iddiasında bulunması, borcun kısmen ödendiği yolundaki ödeme emrine itiraz nedeni olarak gösterilebilir. Kendisine ödeme emri tebliğ edilen ilgili, alacağın zamanaşımına uğradığı iddiasında bulunabilir. Bu zamanaşımı süresi, kamu alacağının tahsil edilebilir hale gelmesinden sonraki aşama ile ilgilidir. Bu tür borç için, ödeme emri düzenlenemez ancak tabii borç niteliği taşıyan bu borcun ödenmesi halinde yapılan ödeme kabul edilir. Tahsil zamanaşımı süresi, para cezaları ile ilgili özel kanunlarla öngörülenler saklı tutularak, beş yıl olarak belirlenmiştir. Bu süre, kamu alacağının vadesinin rastladığı takvim yılını izleyen takvim yılı başından başlar, beşinci yılın sonunda sona erer²⁰. Tahsil zamanaşımı süresinin bitimi ile ödeme emri düzenleyebilme imkanı ortadan kalkar.

C. Ödeme Emrine İtirazın Yapılacağı Yer ve Süresi

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında tesis edilen işlemlere karşı açılan idari davalara ilişkin esas ve usuller tahsilatın gecikmesine engel olmayacak biçimde düzenlenmiştir. Bu kısımda ödeme emri ile ilgili olarak idari davalarda uygulanan usul kuralları açıklanmaya çalışılacaktır.

1. Görevli Yargı Yeri

6183 Sayılı Kanun'un 58. Maddesi uyarınca, ödeme emrini alan ilgili, tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait itiraz işlerine bakan vergi itiraz komisyonu nezdinde itirazda bulunabilir. Fakat, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunla kurulan vergi mahkemeleri faaliyete geçmiş ve itiraz komisyonlarının görevleri son bulmuştur. Anılan Kanunun 13. Maddesi uyarınca, madde metninde geçen "itiraz komisyonu" terimi, "*vergi mahkemeleri*"; "itiraz" terimi ise, "*vergi mahkemesinde dava açılması*" anlamındadır.

Vergi mahkemelerinin 6183 Sayılı Kanunun uygulamasından doğan uyuşmazlıklarla ilgili görevi, genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlere ve bunların zam ve cezalarına sınırlandırılmıştır bu bağlamda diğer kamu alacakları ile ilgili ödeme emirlerine karşı açılan idari davalar, idari yargı düzeninin genel görevli mahkemeleri olan idare mahkemelerinin görevine girmektedir²¹. Ödeme emirlerine karşı açılan davalara bakmakla görevli idari yargı yeri, davaya konu edilen ödeme emrinin konusuna ve niteliğine bakılarak tespit edilmelidir. Ödeme emrinin konusunu; VUK kapsamında bulunan vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile gümrük vergi ve resimleri ile ithalde alınan katma değer vergisi, özel tüketim vergisi gibi, Vergi Usul Kanunu'nun kapsamı dışında kalan vergi ve resimler ile bunlara bağlı diğer alacaklar ise bu ödeme emrine karşı açılan davalarda

²⁰ Binnur Çelik, **Kamu Alacaklarının Tahsil ve Takip Hukuku**, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2001, s.1-44.

²¹ M.Cengiz Ünlü, **Açıklamalı, İctihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, Ankara, 1995, **a.g.e.**, s.531, Candan, **Amme Alacakları**, s.315.

görevli idari yargı yeri "*vergi mahkemesi*" dir. Şayet ödeme emrinin konusu; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunların zam ve cezaları dışında ise, görevli idari yargı yeri, "*idare mahkemesi*" dir²².

Vergi mahkemelerinde tek hakimle çözümlenecek davalara ilişkin parasal sınır, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırın, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 298. maddedeki hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır²³. Mahkeme, dava konusu olan kamu alacağının, belirlenen miktarı aşıp aşmamasına göre, kurul halinde veya tek hakimli olarak çözümleyip, karara bağlar. Vergi mahkemesinin görevine giren dava, idare mahkemesinde; idare mahkemesinin görevine giren dava da, vergi mahkemesinde açılmış ise; mahkeme, davayı, ilk inceleme sırasında veya daha sonraki herhangi bir aşamada, görevsizlik nedeniyle reddeder ve dosyayı görevli ve yetkili idari yargı yerine gönderir. Görevsiz idari yargı yerine başvuru tarihi, görevli mahkemede dava tarihi kabul edilir. Görevsiz mahkemeye başvuru tarihinin, görevli mahkemede dava açma süresi içerisinde olması koşuluyla, bu şekilde açılan dava süresinde açılmış sayılır²⁴.

Davanın açıldığı yargı yeri, idari yargı düzeni dışında yer almakta; yani adli veya askeri yargı düzenlerine dahil bulunmakta ise; davanın bu yargı yerince görevsizlik sebebiyle reddi üzerine, bu yolda verilen kararın kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz günlük süre içerisinde, yetkili idari yargı yerinde yeniden idari dava açılabilir. Bu durumda, görevsiz yargı yerine yapılan başvuru tarihi, görevli idari yargı yerinde dava tarihi kabul edilir. Görevli ve yetkili idari yargı yerinde yeniden idari dava açılabilmesi için, Kanunun tanıdığı ek otuz günlük süre, görevsiz yargı yerinin vermiş olduğu görevsizlik kararının kesinleştiği tarihi izleyen günden başlar.

2. Yetkili İdare/Vergi Mahkemesi

Yetki, bir davaya konusu itibarıyla bakmaya yetkili mahkemenin bu yetkisini kullanabileceği coğrafi alan için kullanılır. Ödeme emirlerine karşı açılan idari dava, ister idare mahkemesinin²⁵, isterse vergi mahkemesinin²⁶ görevine girsin, ödeme emrini düzenleyen idare veya dairenin bulunduğu yerdeki idare veya vergi mahkemesinin yetkisine dahildir. Eğer; aynı yargı çevresinde birden fazla idare veya vergi mahkemesi varsa, davaların bu mahkemeler arasında dağılımı, işbölümü esaslarına göre olur. Ödeme emrinin konusu, genel bütçeye, il özel idarelerine, belediyelere ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerle bunların zam ve cezalarına ilişkin ise; yetkili mahkeme, "ödeme emrini düzenleyen alacaklı tahsil dairesinin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesidir".

²² Pınar Yayar, "Kamu Alacaklarının Korunması", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi),

Dişarbakır, 2007, s.11.

²³ 2576 Sayılı Kanun, Ek Madde 1.

²⁴ Dn. 9.D., 31.12.1986, E:1984/1634, K:1986/3839.

²⁵ İYUK.md.32-1.

²⁶ İYUK.md.37-c.

3. Ödeme Emrine Karşı Açılacak Davalarda Dava Açma Süresi

İdari dava açma süresi, özel kanunlarda ayrı süre gösterilmediği takdirde idare mahkemelerinde altmış; vergi mahkemelerinde otuz gündür. Bu süreler, genel dava açma süresidir. 6183 sayılı Amme alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinde ödeme emirlerine karşı açılacak davalara ilişkin süreler özel olarak düzenlenmiştir²⁷. Buna göre; ödeme emirlerine karşı idari dava açma süresi, yedi gündür.

a. Dava Açma Süresinin Başlangıcı ve Hesabı

Ödeme emrine karşı dava açma süresi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 93. ve devamı maddelerinde düzenlenen tebligat hükümlerine göre yapılan tebligatın veya tebliğ yerine geçen işlemin tarihini izleyen günden başlar²⁸. Süre, gün olarak hesaplanır. İdari dava açma süresinin son gününün tatil gününe veya çalışmaya ara verme süresine rastlaması halleri dava açma süresini uzatır. Ancak, idari dava açma süresinin son gününün çalışmaya ara verme süresine rastlaması durumunda dava açma süresinin uzayıp uzayamayacağı tartışmalıdır. İdari Yargılama Usulü Kanununun 61. maddesinin anılan 1. fıkrasında; bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin, her yıl Ağustos ayının birinden Eylül ayının beşine kadar çalışmaya ara verecekleri öngörülmüştür. 2577 Sayılı Kanunun 8. maddenin 3. fıkrasında, bu kanunda yazılı sürelerin bitmesinin çalışmaya ara verme zamanına rastlaması halinde, bu sürelerin ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılacağı kabul edilmektedir. Ancak bu durumda iki tartışmalı konu gündeme gelmektedir. İlki bu sürelerin dava ve kanun yollarına başvuru süreleri dışında kalan süreleri de kapsayıp kapsamadığı; diğeri ise, diğer kanunlarda öngörülen özel ve kısa sürelerin de bu fıkra uyarınca uzayıp uzayamayacağı konusundadır. Danıştay'ın uygulaması, her iki halde de, son günü çalışmaya ara verme zamanına rastlayan dava açma süresinin, fıkra öngörüldüğü biçimde uzayacağı yolundadır. Danıştay, ödeme emrinin iptali istemiyle açılacak idari davalarda olduğu gibi, özel kanunlarda öngörülen özel sürelerin son günün çalışmaya ara verme zamanına rastlaması durumunda da, sürenin uzayacağını kabul etmektedir²⁹.

b. İYUK'un 11. Maddesi ve Dava Açma Süresine Etkisi

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (YUK) 11. maddesine göre; ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa

²⁷ Ünlü, *a.g.e.*, s.530, Yılmaz Özbacı, *Amme Alacaklarının Tahsili Usulu Hakkında Kanun*, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2006, *a.g.e.*, s.618, Kemal Aykaç, *Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun ve Genel Tebliğleri*, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1976, *a.g.e.*, s.232, Ethem Atay, "İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması", (2007 Yılı İdari Yargı Sempozyumu), www.danistay.gov.tr, Erişim Tarihi:12.01.2009., *a.g.m.*, s.102, Candan, *Amme Alacakları*, s.338, Nami Çağan, *Vergi Hukukunda Süreler*, Ankara, AÜHF, Yayın No:389, 1975, s.93.

²⁸ İYUK, Md.7/2-b.

²⁹ DVDDGK., 21.4.2000, E:1999/447, K:2000/159.

işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. Ödeme emrine karşı bu başvuru yolunun kullanılıp kullanılmayacağı ise uygulamada tartışmalı bir konudur. Danıştay'ın Yedinci Daire dışındaki vergi dava daireleri, 11. maddenin, vergi uyuşmazlıkları ile ödeme emrine karşı açılan idari davada uygulanamayacağı görüşündedirler³⁰. 4001 sayılı Kanunun 6. Maddesinin yürürlükten kaldırılması ile birlikte, 11. madde hükmü, tarh, tahakkuk ve tahsil işlemleri (örneğin, ödeme emri)³¹ ile ceza kesme işlemleri bakımından da uygulanabilir hale geldi ve bu değişiklikten sonra ödeme emri için de 11. madde hükmünün uygulanması mümkündür. Ödeme emrini düzenleyen idari makamın üstü olan bir makam mevcut değilse, başvurunun, işlemi tesis eden makama yapılması gereklidir³². İşlemi tesis eden makama yapılacak başvurunun süreyi durdurucu etkisinin olabilmesi için kendisinden hiyerarşik olarak bir üst makamın bulunmaması gerekir. Söz konusu idari başvuru hakkı, ancak, ilk kullanıldığında işlemekte olan idari başvuru süresini durdurucu etki yaratır. İlk başvurudan sonra yapılan ikinci ve üçüncü başvuruların bu etkiyi göstermesi mümkün değildir. Bu başvuru, idari işlemin yürütülmesini durduramayacağından, idarenin, bekleme süresi içerisinde alacağını tahsil etmesi mümkündür. Bununla birlikte; ilgili dava açabileceği gibi idari başvuru hakkını birlikte kullanabilir.

c. Mücbir Sebep ve İdari Dava Açma Süresine Etkisi

Vergi Usul Kanunu'nun 13. maddesinde, vergi ödevlerinin yerine getirilmesi için öngörülen sürelerin durması sonucunu doğuran mücbir sebep halleri belirlenmiştir³³. Mücbir sebep, henüz tahakkuk etmemiş vergilerin ödeme süreleri uzatır, tahakkuk etmiş vergilerin ödeme sürelerini uzatmaz. Öte yandan mücbir sebebin varlığı vergiyi doğuran olayı etkilemez. Bir olayın mücbir sebep olup olmadığının takdir yetkisi vergi idaresine aittir. Vergi idaresi takdir yetkisini kullanarak mücbir sebep iddiasını kabul etmemişse mükellefler bu karara karşı dava açabilir. İdari Yargılama Usulü Kanununda, mücbir sebeple ilgili olarak açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle; mücbir sebep halinde, idari dava açma süresi durmaz; işlemeye devam eder. Ancak bu konuda farklı Danıştay içtihatları bulunmaktadır. Şöyle ki; Danıştay kimi kararlarında, mücbir sebebin işlemekte olan idari dava açma süresini durdurucu etkisinin olmadığını kabul etmektedir³⁴. Ancak son zamanlarda, Danıştay'ın kimi dairelerince mücbir sebebin idari dava açma sürelerinin durduran etkisinin kabul edildiğine de rastlanılmaktadır³⁵.

³⁰ Dn.4.D., 14.4.2006, E:2004/1684, K:2005/637.

³¹ Dn. 7. D., 21.11.1997, E: 1997/2994, K: 1997/4176.

³² Vefa Hatipoğlu, Ödeme Emrine Karşı Dava Açarken Mükelleflerin Dikkat Etmeleri Gereken Hususlar, *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, Sayı:11, Kasım 2004, s.24.

³³ Metin Taş, "Mücbir Sebepler Dava Açma Süresini Etkiler mi?", *Yaklaşım*, Mayıs 1997, s.54.

³⁴ Dn.7.D., 19.11.1985, E:1984/4171, K:1985/2695, *Danıştay Dergisi*, S.60-61, s.309; Dn.3.D., 15.10.1986, E:1986/594, K:1986/2004.

³⁵ Dn.7.D., 10.1.1994, E:1991/2407, K:1994/66; Dn.4.D., 20.6.1996, E:1995/6180, K:1996/2695.

d. İdari Dava Açma Süresinin Geçirilmesinin Neticesi

İdari dava açma süresinin dava açılmaksızın geçirilmesi halinde; ödeme emrinin, idari davaya konu edilmesi olanaksızlaşır. Bu süre geçtikten sonra açılan dava, ilk inceleme sırasında veya davanın sonraki aşamalarında, süre aşımı sebebiyle reddedilir³⁶.

D. Ödeme Emrine Yapılan İtirazın Sonuçları

Ödeme emri ve itiraz denilince akla gelen ilk konu alacaklı kamu idaresinin alacağın tahsili için yapacağı idari işlemlere karşı ilgilinin nasıl bir yol izleyebileceğidir. Bununla birlikte açılan dava neticesinde verilen kararlar itiraz edenin lehine yada aleyhine birtakım sorumluluklar ortaya çıkabilir. Bu bölümde açıklamalar ışığında ödeme emrine itirazın sonuçları ortaya konmaya çalışılacaktır.

1. Yürütmeyi Durdurma

Ödeme emrine karşı dava açılması, ödeme emrine konu kamu alacağının tahsilini kendiliğinden durdurmaz. Yani; vergi mahkemesinde vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerle bunların zam ve cezaları dolayısıyla açılan davalara tanınan tahsilatı kendiliğinden durdurucu etki, ödeme emrinin iptali istemiyle açılan idari davalara tanınmamıştır. Dolayısıyla kamu idaresi, ilgili tarafından açılan idari davanın varlığına rağmen, alacağın tahsili için yapılması gereken işlemlere devam edebilir. Bu sebeple, davanın açıldığı idari yargı merciinden, yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmelidir³⁷. Mahkeme, telafisi güç veya imkansız zararların doğması olasılığının bulunması ve ödeme emrinin açıkça hukuka aykırı olması, koşullarının birlikte gerçekleşmesi hallerinin varlığına kanaat getirirse, yürütmenin durdurulmasına karar verebilir³⁸. Yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi için, davacıdan teminat alınır. Fakat mahkeme, kimi zaman teminat aranmaksızın da yürütmenin durdurulmasına karar verebilir. Ödeme emrine karşı, borcun bir kısmı için dava açılması halinde dava konusu borcun mahiyeti ve miktarının açıkça yazılması gerekir aksi taktirde dava açılmamış sayılabilir. Vergi yargısındaki ilke dava açılması ile yürütmenin durması olmakla beraber bu kuralın da bazı istisnaları vardır. Bunlar şu şekilde sıralanabilir;

a. Kısmi Açılan Davalarda: Kısmi açılan davalarda tahsilât davaya konu olan kısım için durur. Dava konusu edilmeyen vergi işlemlerinin veya dava kapsamı dışında kalan kısımların tahsilâtı durmaz.

b. İşlemden Kaldırılan Vergi Davası: “İşlemden kaldırılan vergi davası” dosyası için dava açmakla, daha önce durmuş olan tahsil işlemine yeniden devam edilir. Eğer işlemden kaldırılan dosya için yürütmenin

³⁶ Celal Karavelioğlu, *Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, C.1., 6. Bası, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara, 2006, **a.g.e.**, s.530.

³⁷ Meltem Söylemez, “Vergi Yönetiminin Cebri İcra Yoluyla Tahsil İşlevinin Etkinliğinin Değerlendirilmesi”, (*Yayımlanmamış Doktora Tezi*), Eskişehir, 2003, s.47.

³⁸ İYUK., 27/2.

durdurulmasına karar verilmiş ise, bu kararlar da kendiliğinden hükümsüz kalır.

c. İşlemden Kaldırılan Dosyanın Yeniden İşleme Konulması: İşlemden kaldırılan dosyanın “yeniden işleme konulmasının” tahsil işlemleri üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Tahsil işlemine devam edilir. Tahsil işlemlerinin durabilmesi için yükümlünün yürütmenin durdurulması kararı aldırması gerekir.

d. “İhtirazi Kayıtlarla” Verilen Beyannamelere İlişkin Davalarda: İhtirazi kayıtlarla verilen beyannameler üzerinden salınan mali yükümlülükler ile ilgili tahsil işlemlerinden dolayı açılan davalar yürütmeyi durdurmaz. (İYUK md. 27/3) Bu davalar için de ayrıca yürütmenin durdurulması talebi gereklidir.

e. Tahsilât İşlemleri Nedeniyle Açılan Vergi Davalarında: Tahsilât işlemleri nedeniyle açılan vergi davalarında yürütme kendiliğinden durmaz. Tahsilât işlemleri; ödeme emri tebliği, ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati hacizdir.

2. İtirazın Karara Bağlanması

6183 sayılı Yasanın 58. maddesinde, ödeme emrine karşı yapılan itirazların azami yedi gün içerisinde inceleyerek karara bağlamaları hükme bağlanmasına rağmen tekemmül sürelerinin uzun olması ve mahkemelerin iş yükünün yoğun olması buna olanak tanımamaktadır. Mahkemeler, genellikle ödeme emrine karşı açılan davaları yedi günden sonra inceleyerek karara bağlamaktadır. Zaten şu ana kadar buna ilişkin kararlar Danıştay tarafından bu yönüyle bozulmamıştır. Bu bağlamda, esasen Mahkemelerin belirlenen süre çerçevesinde karar vermesi gerekse de, bu süreden sonra verecekleri kararlar da hukuken geçerlidir³⁹.

Yargılama neticesinde ödeme emrinin iptali, davanın reddi, ödeme emrinin kısmen iptali ile davanın kalan kısmının reddi şeklinde olabilir. Ödeme emri, şekil unsurundaki hukuka aykırılıklar sebebiyle iptal edilmişse, alacaklı tahsil dairesi, yeniden işlemeye başlayan tahsil zamanaşımı süresi içerisinde, bu defa, hukuka ve yeni ödeme emrini borçluya tebliğ edebilir. Bu durumda, yeni ödeme emrine karşı da, süresinde idari dava açılabilir. İptal kararı, ödeme emrinin sebep unsurundaki hukuka aykırılığa dayanıyorsa; alacaklı tahsil dairesi, alacağın tahsil edilebilir hale gelmesi ve vadesinde ödenmemesi üzerine yeniden ödeme emri düzenleme hakkına sahiptir⁴⁰. Mahkeme, ödeme emrini, konu unsurundaki hukuka aykırılık sebebiyle iptal etmişse; ödeme emri ile istenebilecek bir kamu alacağının bulunmadığı veya iptal edilen kısmının bu nitelikte olmadığı anlamına geleceğinden; alacaklı tahsil dairesinin yeniden ödeme emri düzenlemesi mümkün değildir. Karar, davanın reddi yolunda ise; bu, unsurlarındaki ağır hukuka aykırılık sebebiyle yok hükmünde sayılması hali dışında, dava konusu ödeme emrinin hukuka uygun olduğu anlamına gelir. Mahkemece, ödeme emrinin yetki ve şekil

³⁹ Aykaç, *a.g.e.*, s.233.

⁴⁰ H.Fevzi Karagözoğlu, “Kamu Alacakları Nedeni İle Gönderilen Ödeme Emri Ve Ödeme Emrine İtiraz”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Sayı:11-12, Yıl:1971, s.998.

unsurlarında, onu yok hükmünde kılacak ağır hukuka aykırılık saptanacak olursa; kararda, ödeme emrinin yok hükmünde olduğu belirtilerek, dava kabul edilir. Bu durumda, tahsil zamanaşımı süresi kesilmiş olmayacağından; yetkili tahsil dairesince, şekline uygun ödeme emri, ancak alacağın tahsil edilebilir hale geldiği tarihe göre hesaplanan zamanaşımı süresi içerisinde düzenlenerek tebliğ olunabilir. Bu süre dolmuş ise, ödeme emri düzenlenmesi olanaksızdır⁴¹.

2. Kanun Yoluna Başvuru

Yargılama neticesinde aleyhine karar verilen taraflar, yasal süresi içerisinde, görevli üst idari yargı yerinde kanun yolu başvurusunda bulunabilir. Karar, tek hakimli ise, itiraz, kararın tebliğ edildiği tarihi izleyen günden itibaren otuz gün içinde, kararı veren mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine yapılır. Karar, kurul halinde verilmişse, tebliğ edildiği tarihi izleyen günden itibaren aynı süre (otuz gün) içerisinde Danıştay'a temyiz başvurusu yapılabilir. Öte yandan, Yasa'da sayılan sebeplerle Bölge İdare Mahkemesi ve Danıştay'ın itiraz ve temyiz üzerine verdikleri kararlara karşı 15 gün içerisinde karar düzeltme talebinde bulunulabilir.

4. Mal Bildirimi

Davacı, kararın kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde, mal bildiriminde bulunmak zorundadır. Şayet, ödeme emrinin bir kısmının iptali istenmişse, mal bildiriminde bulunma süresi, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren yedi gündür. İdari dava açılmış olması, bu süreyi uzatmaz.

5. Haksız Çıkma Zammı

Ödeme emirlerine karşı gereksiz yere itirazda bulunulmasını, kamu alacağının geç tahsil edilmesini ve birtakım kötü niyetli itirazların önüne geçmek isteyen kanun koyucu, yaptığı itirazda tamamen veya kısmen haksız çıkan borçlunun itirazın reddedildiği miktardaki kamu alacağının % 10 oranındaki zamlarla birlikte tahsil edileceği şeklinde bir düzenleme yapmıştır. Buna göre, ödeme emrine karşı dava açan ilgililer, davayı kaybettikleri takdirde dava konusu yapılan tutarın %10'u oranında haksız çıkma zammı öderler. Bu kapsamda kararın temyiz süresi geçirilmek suretiyle kesinleşmiş bulunması gerekmez⁴². Haksız çıkma zammı ferî niteliktedir ancak ödeme emri ile talep edilebilir. Bir kamu alacağı olan haksız çıkma zammı kanundan doğar ve özel olarak yargı merciince hüküm altına alınması aranmaz. Ancak, haksız çıkma zammının 6183 Sayılı Kanun'un 56. Maddesinde düzenlenen teminatlı alacakların takibinde uygulanması mümkün değildir. Haksız çıkma zammının hangi tarihten itibaren ve hangi miktar üzerinden uygulanacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmasa da dava açıldığı tarihten itibaren, dava konusu ödeme emrindeki miktar

⁴¹ Candan, *Amme Alacakları*, s.351.

⁴² Dn.3.D., 11.5.1988, E:1988/204, K:1988/1472.

üzerinden uygulanması gerekir. Haksız çıkma zammının hesaplanmasında, dava konusu vergi aslı ve bu alacağa ilişkin fer'i alacaklar dikkate alınır. Buna göre, 50,00 TL vergi aslı ve bu alaktan doğan 100,00 TL gecikme zammı dava konusu yapılırsa, davanın tamamen reddedilmesi durumunda haksız çıkma zammının hesabında hem vergi aslı hem de gecikme zammı birlikte yani 150,00 TL'nin yüzde 10'u dikkate alınır⁴³.

III. TÜRK VERGİ İCRA HUKUKUNDA ÖDEME EMRİNE İTİRAZIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Ödeme Emrinin Düzenlendiği Hukuk Dalına Göre Ayırımı

Vadesinde ödenmeyen bir alacağa gecikmeye maruz kalmadan ulaşmayı amaçlayan ve bu doğrultuda zorla tahsil usullerine başvurulması nedeniyle Vergi İcra Hukuku ile İcra İflas Hukuku arasında benzerlik bulunmaktadır. Ancak konu edilen alacağın niteliğinin ve cebi tahsil usullerinin farklı olmasından ötürü her iki hukuk dalına göre tanzim edilen ödeme emirlerinde ciddi farklılıklar mevcuttur.

1. İcra ve İflas Kanununda Düzenlenen Ödeme Emri

Özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri, vadesi gelmiş ancak ödenmemiş alacaklarının tahsil edilmesini “kamu gücü” nün yardımıyla tahsil etme imkanına sahiptir. Bu kapsamda kamu gücünün yardım ve kullanılmasına dair usul ve esaslar İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiştir. Devlet de, özel hukuk kişisi sıfatıyla sahip olduğu alacaklarını anılan Kanun hükümlerinden yararlanarak tahsil eder. Kural olarak İcra ve İflas hukukunun konusunu özel hukuk ilişkilerinden doğan alacaklar ya da talepler oluşturmaktadır. Bu bağlamda bu Kanun uyarınca tanzim edilen ödeme emirlerinin içeriğini özel hukuktan doğan alacaklar oluşturmaktadır. İcra ve İflas Hukukunda alacaklı alacağının tahsilini yetkili icra dairesine takip talebinde bulunarak ister. Bu açıdan, icra dairesinin resen ödeme emri düzenleyemez. Öte yandan bu Kanun kapsamında tanzim edilen ödeme emirlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri adli yargı yerleridir.

2. Vergi İcra Hukukunda Yer Alan Ödeme Emri

Devletin sahibi olduğu alacaklar özel hukuk sujelerine nazaran üstün konumdadır. Devlet, vadesi gelmesine rağmen ödenmeyen alacağının tahsili için adli yargı mercilerinin yardımını istemez. Alacağına kavuşmak için kendisi doğrudan harekete geçer. İşte Vergi İcra Hukukunun konusunu da, vergi alacakları da dahil olmak üzere bir kamu ilişkisinden doğan kamu alacakları oluşturmaktadır. Vergi icra hukukuna göre düzenlenen ödeme emirlerinde, özel hukuk alacakları değil kamu alacaklarının tahsili amaçlanır. Yine Vergi İcra Hukukunda idare hem alacaklı, hem de cebri takip usullerini resen uygulama yetkisine sahiptir. İdare tarafından yürütülen cebri icra

⁴³ Zuhal Top (Kızılot), “Ödeme Emrine İtirazı Kaybedenin %10 Haksız Çıkma Zammı Ödeyeceği”, **Yaklaşım**, Yıl 11, Sayı:125, s.268.

işlemleri, idari işlemler vasıtasıyla yürütülen bir takip sürecidir. Bu sebeple, ödeme emrinden kaynaklanan anlaşmazlıklar, adli yargı içinde değil, idari yargı içinde çözüme kavuşturulur⁴⁴.

B. Ödeme Emri İle İlgili Yaşanan Sorunlar ve Bunlara İlişkin Değerlendirmeler

1.Ödeme Emrine İtiraz Süresinin Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Öneriler

6183 Sayılı Kanun'da ödeme emirlerine karşı dava açma süresi özel olarak düzenlendiğinden bu özel hüküm gereğince İ.Y.U.K. da yer alan 60 veya 30 günlük dava açma süreleri uygulanmaz. Bundan ötürü ödeme emirlerine karşı açılacak davalarda süre, tebliğden itibaren 7 gündür. Bu sürenin kısıtlılığı ise pek çok soruna neden olmaktadır. Kamu borçlusu mevzuatı bilmemesi sebebiyle idari yargıda öngörülen genel dava açma süreleri olan 30 veya 60 günlük sürenin uygulanacağı inancını taşımaktadır. Birey, çok kısa olan bu süreyi kaçırdığından süre aşımından dolayı hak kaybına uğramakta ve açtığı dava reddedilmektedir. Ödeme emriyle ilgili dava açma süresinin kısa tutulmasındaki amaç uyuşmazlığın derhal çözüme kavuşturularak kamu alacağının bir an önce Hazineye aktarılmasıdır. Ancak bu durumun ödeme emrinin muhatabı olan borçlunun hak arama hürriyetini sınırlandırdığı unutulmamalıdır. Öte yandan, ödeme emri ile ilgili olarak farklı bir süre öngörülmüş olması belirlilik, hukuki güvenlik ve haklı beklenti kavramlarıyla bağdaşmaz ve bu durum hukuk devleti ilkesine ters bir durumdur. Sürelerdeki karmaşa ve belirsizlik yanında ödeme emri ile ilgili olarak en alt seviyede bir süre öngörülmesi adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurur. Bu sebeple, öngörülen bu 7 günlük süre yerine genel dava açma sürelerine paralel bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

2. 6183 Sayılı Kanun'un 58. Maddesinde Yer Alan Deyimlerin Değiştirilmesine Yönelik Öneriler

2576 Sayılı Kanun'un 13. maddesinde de; 6183 sayılı Kanunda yer alan "itiraz komisyonu" deyiminin, "*vergi mahkemeleri*"; "itiraz" teriminin ise, "*vergi mahkemesinde dava açılması*" anlamını taşıdığını hüküm altına almıştır. Her ne kadar 2576 Sayılı Kanun'un 13. Maddesi ile atıf yapmak suretiyle bir düzenleme yapılmışsa da önem ihtiva eden bu konuda 6183 Sayılı Yasada açık bir düzenleme yapmak yerine atıfla yetinilmesi hak arama hürriyetini zedelemektedir. Bu bağlamda öncelikle, 58. Maddede yer alan ve geçerliliğini kaybetmiş "itiraz" ve "itiraz komisyonu" deyimlerinin değiştirilerek bu deyimlerin yerine "dava açılması" ve "idare veya vergi mahkemesi" deyimlerinin getirilmesi yerinde olacaktır.

3. Mal Bildiriminde Bulunmaya Yönelik Öneriler

Kamu borçlusu, ödeme emrinin kendisine tebliğ edilmesinin akabinde üzerine malvarlığının bulunmadığını bildirmekle yükümlüdür. Ancak,

⁴⁴ Recai Dönmez v.d., *Vergi Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayın No:1536, Eskişehir, 2006, s.236.

borçlular genellikle bunun gereksiz olduğu inancıyla ödeme emrinin tebliğine rağmen mal bildiriminde bulunmamaktadır ve bu davranışı karşılığında hapis cezasıyla tazyik edilmektedir. Borçluyu mal beyanında bulunmaya zorlamak için hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmesi çağdaş ceza hukuku anlayışı ve ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu kapsamda hürriyeti bağlayıcı ceza yerine mali yaptırımların öngörülmesi isabetli olacaktır.

4. Ödeme Emrine Karşı Açılan Davada Karar Verme Süresinin Kaldırılmasına Yönelik Öneriler

6183 sayılı Kanunun 58. Maddesi gereği yargı mercileri 7 gün içinde karar vermek zorundadır⁴⁵. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenen savunma, savunmaya cevap ve cevaba cevap süreleri, duruşma için davet süresi dikkate alındığında zaten bu hükmün uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Bu sebeple de, uygulanma kabiliyeti bulunmayan bu düzenlemenin kaldırılması yerinde olacaktır.

5. Haksız Çıkma Zammına İlişkin Öneriler

Haksız çıkma zammı, bireyleri yargı haklarını kullanmaktan caydırıcı bir etkiye sahiptir dolayısıyla bu düzenleme bir anlamda dava açmanın cezası halini almıştır. Dava açma neticesinde yaptırıma maruz kalacağını bilen borçlu yargı hakkını kullanmaktan vazgeçer ve bu durum hukuk devleti ilkesini dolayısıyla idarenin işlemlerinin yargı denetimine tabi olması ilkesini zedeler. Bu durumda, haksız çıkma zammının özel hukuk düzenlemelerinde yer alan %40 icra inkar tazminatına paralel biçimde hakim tarafından tayin edilmesi yerinde olacaktır.

SONUÇ

Kamu alacağının tahsiline yönelik işlemlere başlanılablmesinin önkoşulu ödeme emrinin tebliğidir. Ödeme emrine karşı kamu borçlularınca ileri sürülebilecek itiraz nedenleri sınırlı sayıdadır ve dava açma süresi diğer vergi uyuşmazlıklarına göre kısa tutulmuştur, ödeme emrine karşı yapılan itirazın tahsil işlemlerini kendiliğinden durdurmaması ise ödeme emrinin önemini arttırmaktadır. Ödeme emrine karşı açılan davalarda, davanın kamu borçlusu aleyhine sonuçlanması halinde %10 oranında haksız çıkma zammıyla karşı karşıya kalması kamu borçlusunun yargı yoluna başvurmasının önünde engel teşkil etmektedir ki bu durum hukuk devleti ilkesine ters düşmektedir. 6183 Sayılı Kanunun “Ödeme emrine itiraz” başlıklı 58. maddesinde yer alan ve geçerliliğini yitirmiş “itiraz” ve “itiraz komisyonu” deyimlerinin yerine “dava açılması” ve “idare veya vergi mahkemesi” deyimlerinin alması ve böylece hak arama hürriyetinin işlerlik kazanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

ATAY Kahraman, “Ödeme Emrinin Düzenlenmesinde, Tebliğinde ve Takibinde Yaşanan Güçlükler ve Kayıplar”, **Vergi Raporu**, S:88, Ocak 2007.

⁴⁵ AATUHK., Md.58/4

AYKAÇ Kemal., **Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun ve Genel Tebliği**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1976.

ATAY Ethem, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, **(2007 Yılı İdari Yargı Sempozyumu)**, www.danistay.gov.tr, Erişim Tarihi:12.01.2009.

CANDAN Turgut, **Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.

ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukukunda Süreler**, Ankara, AÜHF. Yayın No:389, 1975.

ÇELİK Binnur, **Kamu Alacaklarının Tahsil ve Takip Hukuku**, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2001.

DÖNMEZ Recai v.d., **Vergi Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayın No:1536, Eskişehir, 2006.

DÖNMEZ Recai, **Vergi İcra Hukukunda Haciz Yolu İle Takip**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2005.

KARAGÖZOĞLU H.Fevzi, “Kamu Alacakları Nedeni İle Gönderilen Ödeme Emri Ve Ödeme Emrine İtiraz”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Sayı:11-12, Yıl:1971.

KARAKOÇ Yusuf, **Kamu Alacaklarının Tahsil Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.

KARAVELİOĞLU Celal, **Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, C.1., 6. Bası, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara, 2006.

KIZILOTL Şükrü, **Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları**, 12. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007.

HATİPOĞLU Vefa, Ödeme Emrine Karşı Dava Açarken Mükelleflerin Dikkat Etmeleri Gereken Hususlar, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Sayı:11, Kasım 2004.

KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, **İcra ve İflas Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi, 2000.

ÖNCEL Mualla, KUMRULU Ahmet ve ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, Ankara, Turhan Yayınları, 2004.

ÖZBALCI Yılmaz, **Amme Alacaklarının Tahsili Usulu Hakkında Kanun**, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2006.

SÖYLEMEZ Meltem, “Vergi Yönetiminin Cebri İcra Yoluyla Tahsil İşlevinin Etkinliğinin Değerlendirilmesi”, **(Yayımlanmamış Doktora Tezi)**, Eskişehir, 2003.

TAŞ Metin, “Mücbir Sebepler Dava Açma Süresini Etkiler mi?”, **Yaklaşım**, S.53, Mayıs 1997.

TOP (KIZILOTL) Zuhul, “Ödeme Emrine İtirazı Kaybedenin %10 Haksız Çıkma Zammı Ödeyeceği”, **Yaklaşım**, Yıl 11, Sayı:125.

TUNCER Selahattin, **Teoride ve Uygulamada Kamu Alacağı**, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 4099, İstanbul, 1998.

ÜNLÜ M.Cengiz, **Açıklamalı, İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, Ankara, 1995.

YAYAR Pınar, “Kamu Alacaklarının Korunması”, **(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, Diyarbakır, 2007.

YÜCESOY Uluğ İlve, “Vergi İcra Hukukunda Ödeme Emri ve Sonuçları”, **(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, İzmir, 2006.

BOZBIYIK Mustafa, “Ödeme Emrine İtiraz ve İçtihadı Birleştirme Kararı”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı:4, Yıl:1988.

MAHKEME HARÇLARINDA SON DURUM

Av. Yörük KABALAK

Bilindiği gibi 492 Sayılı Harçlar Kanunu'nun 28/a.maddesinde:

“Karar ve ilam harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden sonra iki ay içinde ödenir. Karar ve ilam harcı ödenmedikçe ilgiye ilam verilmez”

Hükmü bulunuyordu.

Bu hüküm doğrultusunda uygulamada, davanın sonunda geri kalan karar harcı ödenmedikçe ya da harcın Maliye tarafından tahsil edildiğini gösteren belge ibraz edilmedikçe, mahkeme kararı ilgisine verilmiyordu.

Bu uygulama ilk önce 26.6.2007 tarihli Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararıyla kırıldı ve yumuşatıldı.¹

Bu kararda: *“Mahkeme ilamının alınmasının harç yatırılması koşuluna bağlanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğu”* belirlenmişti.

Bu kararın verilmesinden sonra tamamında olmasa da Türkiye'deki Mahkemelerde dava sonunda bakiye ilam harcı yatırılmadan mahkeme kararları ilgisine verilmeye başlanmıştı.

Ancak, bu noktada ikinci bir sorun ortaya çıkıyordu.

İlam harcını yatırmadan mahkeme kararını alan hak sahibi alacaklılar ellerindeki kararı ibraz ederek icra takibi yapamıyorlardı.

Bunun sebebi, İcra Müdürlüklerinin Harçlar Kanunu'nun 32.maddesinde yer alan *“yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılamayacağı”* hükmüne dayanarak bakiye ilam harcı ödenmemiş olan kararların icraya verilmesini reddetmeleri idi.

Öte yandan, Yargıtay 12.Hukuk Dairesi'nin 13.11.2008 tarihinde verdiği kararda da;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararının karara konu olan dava için bağlayıcı olduğu ve yürürlükte olan Harçlar Kanununun 28/a. Ve32. maddeleri değiştirilmedikçe bakiye ilam harcı yatırılmadıkça müteakip işlemlerin yapılamayacağı belirlenmişti.²

Bu aşamada 14.1.2010 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı ortaya çıktı.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında:

¹ İstanbul Barosu Dergisi 2009/4 Sh.2327 vd

² Yargıtay Kararları Dergisi 2009/Mart Sh.483 vd.

Harçlar Kanununun 28/a. maddesindeki “*Karar ve ilam harcı ödenmedikçe ilgiye ilam verilmez*” biçimindeki tümcesinin iptaline,

Harçlar Kanunu’nun 32. maddesindeki “*yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılamayacağı*” biçimindeki tümcesinin iptal talebinin reddine,

Şeklinde hüküm kurulmuştu.³

Ancak, bu noktada da sorun bütünüyle çözülmüş olamıyordu.

Gerçekten, Anayasa Mahkemesi kararında Harçlar Kanunundaki “*yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılamayacağı*” hükmünün iptal edilmemiş olmasından dolayı, davacı alacaklıların bakiye ilam harcı ödemeksizin mahkemelerden aldıkları ilamların icraya verilmesi mümkün olamayacaktı.

Bu konudaki tartışmalar Anayasa Mahkemesi Kararının verilmesinden sonra hemen başlamıştı.

Bu gelişmelerden sonra 1.8.2010 tarihli 27659 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6009 Sayılı Kanunla konuya açıklık getirilmiş ve sorun açık biçimde çözülmüştür.

Anılan 6009 Sayılı Yasa’nın 18. maddesindeki yeni düzenlemeyle Harçlar Kanunu’nun

32.maddesi:

“*Karar ve ilam harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden sonra iki ay içinde ödenir.....Bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması,hükmün tebliğe çıkarılmasına,*

takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasını engel teşkil etmez “

Şeklinde değiştirilmiştir.

Bu değişiklikten sonra şu iki sonuç net olarak ortaya çıkmıştır:

1) Davanın sonunda ister davacı,ister davalı olsun hak sahipleri bakiye ilam harcını ödemeksizin mahkemece verilmiş olan kararı alabileceklerdir.

Hak sahipleri bu şekilde aldıkları kararı karşı tarafa tebliğe de çıkarabilecekler ve isterlerse kararı temyiz de edebileceklerdir.

(Ancak, bu noktada temyize başvuran ilgilinin temyiz başvuru harcını yatırmakla yükümlü olduğu kuşkusuzdur)

2) Bakiye ilam harcını ödemeksizin Mahkemece verilen nihai kararı alan hak sahipleri, herhangi bir harç ödemeksizin icraya başvurabileceklerdir.

Tüm bu hususlar, Yargıtay 15.Hukuk Dairesi’nin 27.9.2010 Gün ve 2009/6007 - 2010/4792 Sayı ile vermiş olduğu kararda da açık bir şekilde belirtilmiştir.⁴

³ 17.3.2010 T. ve 27524 Sayılı Resmi Gazete

4857 SAYILI İŞ KANUNU VE YARGI KARARLARI IŞIĞINDA DENEME SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİ

B. Kerem GÖKTAŞ*

I – Giriş

Çalışma hayatında uygulamada sıkça karşılaşılan ancak gerekli özen gösterilmeyen ve üzerinde fazla durulmayan konulardan bir tanesi de işveren ile işçi arasında yapılan iş sözleşmesinin yazılı yapıp yapılmadığı ve deneme süresini içerip içermediğidir. Bu şekilde bir sözleşme akdeden işçi ve işverenin çalışma koşulları, işe uyum ve yatkınlık gibi konularda birbirlerini denemek istemeleri ve bir deneme süresi neticesinde uygun görmeleri halinde iş sözleşmesini devam ettirmek istemeleri çok doğaldır. Bu amaçla sözleşmelere deneme süresi konulmaktadır. Bu makalede İş Kanunu hükümleri ve Yargıtay'ın almış olduğu kararlar ışığında deneme süreli iş sözleşmeleri incelenmiştir.

II – 4857 sayılı İş Kanunu Hükümlerine Göre Deneme Süresi

Deneme süreli hizmet sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 15. maddesinde şu şeklide hüküm altına alınmıştır: “*Taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulduğunda, bunun süresi en çok iki ay olabilir. Ancak deneme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir. Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir. İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır.*”

İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.¹ Olabilir ki, hizmet sözleşmesi yapmak için bir araya gelen taraflar (belirli ve belirsiz bir süre için) kesin olarak bağlanmadan önce birbirlerini işe uygunluk vs. yönünden denemek isteyebilirler. Onlara bu imkanı sağlayan kurum, “deneme süreli hizmet sözleşmesi “ dir. ²

Gerçekten de, iş sözleşmesine eklenen deneme süresi işveren için işçisinin çalışma ortamındaki hal, tavır ve işe yatkınlığı konularında gösterdiği performansın değerlendirebilmesi açısından önemli bir süre olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı şekilde bu süre içinde işçi de işyeri ortamı ve üstlendiği görevi hakkında fikir sahibi olabilecektir. Kanun koyucu iş sözleşmesinin

* Mali Müşavir, info@keremgoktas.com

¹ YARGITAY 9. H.D. E.14429 K.5815/2005

² Ercan Yiğit, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2005, Ankara, s.135

tarafları için belirlenen bu süreyi en çok 2 ay olarak belirlemiştir. Bununla birlikte toplu iş sözleşmesi yapılan işyerlerinde bu süre 4 aya kadar uzatılabilmektedir.

Deneme süresinin hukuki bakımdan anlamı, bu süre içinde gerek işverenin gerekse işçinin, herhangi bir tazminat ödemeksizin derhal sözleşmeyi sona erdirebilme imkanına sahip olmasıdır. Deneme süresinin bitiminden sonra yapılacak sözleşme fesihleri, kural olarak, artık derhal ve tazminatsız fesih olmayacak, İş Kanunundaki sözleşmenin feshine ilişkin kurallar uygulanacaktır.³

Şöyle ki, işyerinde 50 günlük kıdemi olan işçinin hizmet sözleşmesinde belirlenen deneme süresi 60 gün ise işveren iş akdini tazminatsız⁴ ve ihbar öneli olmadan fesih edebilecektir. Bununla birlikte deneme sürelili iş sözleşmelerinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesindeki "Sözleşmenin Feshinde Usul" hükmü uyarınca fesih bildiriminin yazılı olarak yapılacağı ve sebebinin açık bir şekilde belirtip belirtilmeyeceği konusunda bir ifade yoktur. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2009/13019 sayılı kararında konu ile ilgili görüşü şu şekildedir: " ...Deneme süreli iş sözleşmesinde, süre dolmadan fesih yetkisinin kullanan tarafın, fesih nedenini belirtmesine gerek yoktur. Ancak deneme süresi içinde iş sözleşmesinin feshinde bir neden gösterilmiş veya iş sözleşmesinin diğer tarafı fesih hakkının kötüye kullanıldığını iddia etmiş ise, bu neden ve fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı üzerinde durulmalıdır." Karardan da anlaşılacağı üzere deneme süresi içinde feshin sebebinin belirtmesine gerek yoktur. Ancak feshin yazılı bir şekilde yapılmasının ispat açısından uygun olacağı görüşündeyiz. Karar içinde göze çarpan diğer bir husus ise deneme süresi içinde verilen fesih hakkının kötüye kullanılmaması konusundadır.

Bununla birlikte işçinin işyerindeki kıdemi 62 gün olmuş olsaydı taraflardan biri tarafından iş sözleşmesi fesih edildiğinde sözleşmenin deneme süreli olup olmadığına bakılmaksızın, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Süreli Fesih" 17. madde hükümlerinin⁵ uygulanması gerekirdi. Diğer bir ifadeyle işçinin 62 günlük kıdemi için fesih bildirimi süresi, anılan kanun maddesi uyarınca, 2 hafta olacaktır.

Sözleşmelerde kararlaştırılan süreden daha uzun deneme süresi konulması halinde bu süre konulmamış sayılarak, İş Kanununda kararlaştırılan süreler itibar edilmektedir.⁶ Şöyle ki İş Kanununda belirtilen azami 2 aylık deneme süresine rağmen sözleşmeye 3 aylık deneme süresi konulursa, 2 ayı geçen süreden sonra kanundaki ilgili hükümler uygulanacaktır.

³ Müjdat ŞAKAR, *İş Kanunu Yorumu*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006, s.167

⁴ "Kıdem tazminatına hak kazanma şartları" için bakınız 1475 sayılı İş Kanunu 14. maddesi

⁵ Bu süre içinde hizmet sözleşmesi işveren tarafından fesih edilirse, 19. maddedeki yazılı bildirim yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde işçiye bildirilmek zorundadır.

⁶ Bekir GEÇER, Cahit EVCİL, *İş Kanunu Uygulama Rehberi*, Datassist, İstanbul, 2006, s.138

Hemen belirtelim ki, deneme süresinin mutlaka sözleşmeye konulması gerekir. Eğer sözleşme yapılmamışsa, deneme süresi ayrı bir belgeyle belgelenmelidir. Sözlü olarak deneme süresi konulamaz.⁷ Şöyle ki, iş sözleşmesinin deneme süresi kaydıyla yapılmış olması, istisnai bir durumdur. İşçinin işe yeni girmiş olması ise, tek başına, deneme süresinin taraflarca öngörülmüş olduğunun delili⁸ sayılmaz. İşçinin işe girdiği tarihten başlayarak iki ay geçmeden iş sözleşmesini, kendisinin veya işverenin ihbar öneli vermeden feshetmesi, deneme süresi kaydını göstermez. Bunun içindir ki, başkaca delil ve belirtiyile kanıtlanmış olmadıkça, deneme süresinin varlığını iddia eden taraf, istisnai durumu ileri sürmüştü olduğundan, bu iddiasını ispatla yükümlü tutulmalıdır. Deneme süreli iş sözleşmesinin şekli konusunda yasada açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak özellikle ispat yükü açısından yazılı yapılması gerekir. Yazılı yapılması geçerlilik şartı değil, ispat şartıdır⁹.

III – Deneme Süresi ve Sigortalılık

Uygulamada işverenleri sıkça yanıltan konulardan bir tanesi de deneme süresi içinde işçinin Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirimini yapılması konusudur. Yanlış bir uygulama ile işverenler işçilerinin Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirimlerini deneme süresi içinde değil de 2 ayın sonunda yapmaktadırlar. Oysa ki, 5510 sayılı S.S.G.S. Kanunu 7/a. “Sigortalılığın Başlangıcı” maddesine göre sigorta hak ve yükümlülükleri 4/1-a maddesi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya başladıkları tarihten itibaren başlar. Aynı kanunun “Sigortalı Bildirimi ve Tescili” başlıklı 8. maddesi hükmü gereğince işverenler, 4/1-a maddesi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, 7/1-a maddesinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür.

IV – Sonuç

Deneme süresi sözleşmelere ispat yükümlülüğü açısından yazılı olarak eklenmelidir. Deneme süresi içinde taraflar herhangi bir sebep göstermeden tazminatsız olarak iş akdini fesih etme hakkına sahiptirler ancak bu hak taraflarca kötüye kullanılmamalıdır.

⁷ Ergun İNCE, *İş Hukuku*, *secretcv.com*’dan, İstanbul, 2007, s.95

⁸ YARGITAY 9. H.D. E.15921 K.13019/2009, “ ... Dosya içeriğine göre davacının davalı işyerinde 08.08.2006 tarihinde çalışmaya başladığı, 31.08.2006 tarihinde Çimse İş Sendikasına üye olduğu ve iş sözleşmesinin 04.09.2006 tarihinde “yetersizliğinin tespit edilmesi, deneme süresi içinde beklenen performansa sahip olmaması” gerekçe gösterilerek feshedildiği anlaşılmaktadır. Dosya içinde davacı ile davalı arasında deneme kaydı iş sözleşmesi yapıldığına dair yazılı bir belgeye rastlanmamıştır. İş sözleşmesinin deneme süreli kayıt içerdiğini, davalı işveren yazılı belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda kayıt sunulmadığına göre iş sözleşmesinin deneme süreli olmadığına kabulü ve dolayısı ile davacının ihbar tazminatı ve sendikal tazminat isteklerinin incelenmesi gerekir. Diğer taraftan yukarıda açıklandığı üzere, iş sözleşmesinde deneme süreli kayıt olduğu kabul edilse bile, tazminatsız ve bildirimsiz feshetme yetkisi sendikal hakları ortadan kaldırmayacağından, davacının sendikal nedenle fesih iddiası üzerinde durulmalı ve sendikal nedenin varlığı halinde sendikal tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmelidir.”

⁹ YARGITAY 9. H.D. E.15921 K.13019/2009

Deneme süresi içermeyen iş sözleşmelerindeki gibi deneme süreli iş sözleşmesi ile işe başlayan işçilerin Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirim 5510 sayılı Kanunun hükümlerine göre yapılmalıdır.

İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ TARAFLARI

Av. Talih UYAR

İptal davasının «kimler tarafından» açılabileceği, İİK. mad. 277'de, «kimlere karşı» açılabileceği ise İİK. mad. 282'de düzenlenmiştir.

A- DAVACI: İptal davasının kimlerin açabileceği -yani; bu davada kimlerin «davacı sıfatı»nı taşıyabileceği- **İİK. mad. 277***'de sayılarak (tahdidi olarak)- belirtilmiştir. Burada belirtilen kişilerin dışındakilerin dava açma hakkı yoktur.

İptâl davasının haciz ya da iflâs yolu ile takipte açılmış olmasına göre, «davacılık sıfatı»nı ayrı ayrı incelemek gerekir:

a) Haciz yolu ile takiplerde tasarrufun iptali davasını;

I-aa) Kesin (kat'i) aciz belgesi (İİK. mad. 143; 105/I) sahibi alacaklı açabilir.¹

bb) Geçici aciz belgesi (İİK. mad. 105/II) sahibi alacaklı açabilir.²

cc) Ayrık olarak, kendisine karşı İİK. mad. 97/XVII'ye göre açılan³ «istihkak davasında, alacaklı; aciz belgesi sunmadan⁴ «karşılık dava» olarak da iptâl davası açabilir.⁵

Hemen belirtelim ki; **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi** -daha önce, bu konuda verilen kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi** ve **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi** gibi- «dava açarken veya daha sonra

* İptâl davası ve davacılar

MADDE 277 - «İptâl davasından maksat 278, 279 ve 280. maddelerde yazılı tasarrufların butlanına hükmettirmektir. Bu davayı aşağıdaki şahıslar açabilirler.

1- Elinde muvakkat yahut kat'i aciz vesikası bulunan her alacaklı,

2 -İflâs idaresi yahut 245. madde ve 255. maddenin 3.fıkrasında yazılı hallerde alacaklıların kendileri.»

¹ Bknz: 17. HD. 8.7.2010 T. 4306/6635; 31.5.2010 T. 4308/4925 vb. - 17. HD. 1.7.2010 T. 3699/6225; 1.10.2009 T. 4961/5863 vb. - 17. HD. 1.7.2010 T. 5096/6229; 10.12.2009 T. 6893/8204 vb.

² Bknz: 17. HD. 8.7.2010 T. 4306/6635; 31.5.2010 T. 4308/4925 vb. - 17. HD. 1.7.2010 T. 3699/6225; 1.10.2009 T. 4961/5863 vb. - 17. HD. 1.7.2010 T. 5096/6229; 10.12.2009 T. 6893/8204 vb.

³ Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T.** Gerekçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:5, 3. Baskı, 2009, s:8190 - **UYAR, T.** İcra Hukukunda İstihkak Davaları, 3. Baskı, s: 770

⁴ Bknz: **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 4. Bası, 2011

⁵ Bknz: 15. HD. 26.10.1988 T. 2869/3403, 27.10.1987 T. 2251/3709

yargılama/temyiz/karar düzeltme aşamasında» aciz vesikası ibraz edilmemesi halinde, davanın görülemeyeceğini kabul etmesine rağmen⁶ **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi** -«muvazaa nedenine dayalı iptâl davaları»nın- «aciz vesikası ibraz edilmesine gerek kalmadan görülebileceği»ni kabul etmektedir...⁷

Bilindiği gibi, «*kesin (kat'i) aciz belgesi*», haciz edilen malların paraya çevrilmesi sonunda, alacağını kısmen ya da tamamen alamamış olan alacaklıya verilen bir belgedir (İİK. mad. 143/I).⁸ Ayrıca «*borçlunun hiç haczi kâbil malı bulunmadığını saptayan haciz tutanağı*» (İİK. mad. 105/I) «**kesin aciz belgesi hükmünde**» olduğu gibi,⁹ «*borçlunun bulunan ve haciz edilen mallarının icra dairesince takdir edilen kıymetlerine göre, borcu karşılamayacağını belirten haciz tutanağı*» (İİK. mad. 105/II) da «**geçici aciz belgesi**» yerine geçer.¹⁰

Yüksek mahkeme (15 HD) kimi kararlarında¹¹ «*haciz tutanağında 'borçlunun haczi kabil malının bulunmadığını' ya da 'borçlunun borcu karşılayacak yeterli malının bulunmadığının' belirtilmiş olması halinde, bu tutanağın aciz vesikası' sayılacağını (niteliğinde olacağını) belirtmişken, kimi kararlarında¹² «haciz tutanağında 'borçlunun başka haczi mümkün malları bulunmadığının belirtilmemiş olması halinde, bu tutanağın 'aciz belgesi' niteliğini taşımayacağını» belirtmişti. Bugün, «tasarrufun iptali» davaları sonucunda verilen kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi**¹³ -isabetli olarak- bu şekilde karar vermekten vazgeçmiştir. Çünkü, borçlunun ev ya da iş yerinde uygulanan haciz sırasında, «*borçlunun başka haczi kabil malının bulunup bulunmadığı*» kolaylıkla saptanamayacağından, haciz tutanağında bunun belirtilmemiş olması, haciz tutanağının (geçici) aciz belgesi sayılmaması sonucunu doğurmamalıdır.*

Borçlunun sadece evinde (ya da işyerinde) yapılan hacizde «*haczedilebilecek malına rastlanamaması*» halinde tutulan tutanak «aciz belgesi» niteliğini taşımayacağı gibi, icra müdürlüğünün borçlunun taşınmazlarına haciz konulması isteğiyle gönderdiği yazıya «*borçlunun taşınmazlarının bulunmadığı*» şeklinde cevap veren tapu müdürlüğünün bu yazısı da «geçici aciz belgesi» niteliğini taşımaz. Çünkü, aynı borçlunun belki, takip konusu borcu karşılayacak bankada parası, ev veya (ve) işyerinde

⁶ Bknz: İleride; dipn. 76 civarı

⁷ Bknz: İleride; dipn. 101 civarı

⁸ Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T.** ag. şerh, C:8, 3. Baskı, s:11853 vd.- **ÖZTEK, S.** İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK. m. 143; m. 251), 1994, s:48 vd. - **DELİDUMAN, S.** İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi, 1994, s:28 vd.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T.** ag. şerh, C:6, 2. Baskı, 2006, s:9138 vd.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T.** ag. şerh, C:6, s: 9139 vd. - **ÖZTEK, S.** age. s:22 vd. - **DELİDUMAN, S.** age. s:8 vd.

¹¹ Bknz: 15. HD. 18.4.2007 T. 6008/2521; 8.4.2005 T. 1049/2145; 8.3.2005 T. 1659/4687; 26.1.2005 T. 4587/258 vb.

¹² Bknz: 15. HD. 23.3.2006 T. 6110/1677; 14.6.2005 T. 1068/3563; 6.2.2006 T. 2375/479 29.6.2004 T. 1163/3642; 18.5.2004 T. 1528/2771; 26.2.2004 T. 494/1043; 18.2.2002 T. 4686/754 vb.

¹³ Bknz: 17. HD. 8.7.2010 T. 4306/6635; 31.5.2010 T. 4308/4925; 1.7.2008 T. 2898/3682; 11.3.2008 T. 287/1141 vb.

taşınır malı bulunabilir...

Yüksek mahkeme, tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için, davanın bir önşartı olan aciz belgelerin (vesikalarına) ilişkin olarak;

«Borçlunun mal beyanı dilekçesinde bildirdiği taşınmazlarının, borcu karşılayıp karşılamadığı, dolayısı ile borçlunun aciz halinde olup olmadığı araştırılmadan karar verilemeyeceğini»¹⁴

«Borçlunun malvarlığı üzerinde çok miktarda haciz bulunması ve borçlarını ödeyememiş olmasının, aciz halinin varlığını ve mal kaçırma niyetinin bulunduğunu göstereceğini»¹⁵

«İcra müdürlüğünce düzenlenmiş olan ‘Geçici Aciz Belgesi’ başlıklı belgenin ‘yok’ hükmünde olacağı, çünkü ne İİK’da ve ne de İİK. Yönetmeliği’nde, icra müdürlüğüne böyle bir belge düzenleme yetkisinin verilmemiş olduğunu»¹⁶

«İcra dairesince düzenlenmiş olan ‘geçici aciz belgesi’nin iptali için icra mahkemesine başvurulması gerekeceğini»¹⁷

«İcra dosyası içeriğinden (Tapu İdaresinden ve Trafik Bürosundan ve Bankalardan haciz teskerelerine verilen cevaplardan), haciz tutanaklarının içeriğinden ve borçlunun mal beyanında belirttiği mallarının borcu karşılamaya yeterli olmadığına anlaşılmaması halinde, borçlunun aciz halinde olduğunun kabulü gerekeceğini»¹⁸

«Mahkemece verilen süre içinde aciz belgesinin ibraz edilmemesi nedeniyle, tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesinden sonra aciz belgesinin ibraz edilmesi halinde, red kararının bozularak yeni duruma göre karar verilmesi gerekeceğini»¹⁹

«Mahkeme tarafından ‘aciz belgesi’ sunması için davacıya kesin mehil verilebileceğini»^{20 21}

«Davacı tarafından ibraz edilen aciz belgesinin mahkemece iptal edilmiş olması ve haciz tutanakları ‘geçici aciz belgesi’ niteliğini taşınamaması halinde, açılan iptal davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini»²²

«Borçlunun ev ve işyeri adreslerinde tutulan haciz tutanaklarında ‘borçlunun bu adreslerden ayrılmış olduğu’nun belirtiliş olması ve tapu, trafik ve bankalara yazılan müzekkerelere verilen cevaplardan ‘borçlunun, borcuna yetecek malvarlığının bulunmadığı’nın anlaşılmaması halinde, düzenlenen tutanakların ‘geçici aciz belgesi’ niteliğinde sayılacağını»²³

¹⁴ Bknz: 17. HD. 17.11.2010 T. 8656/7600; 16.3.2009 T. 5106/1467

¹⁵ Bknz: 17. HD. 8.6.2010 T. 2315/5299; 25.5.2010 T. 2340/4686; 19.2.2009 T. 4913/801 vb.

¹⁶ Bknz: 17. HD. 3.6.2010 T. 3874/5105; 27.1.2009 T. 2857/210; 15.1.2008 T. 22130/223 vb.

¹⁷ Bknz: 4. HD. 29.4.2010 T. 8851/5159

¹⁸ Bknz: 17. HD. 22.2.2010 T. 10328/1359; 1.2.2010 T. 9625/619; 18.1.2010 T. 10416/26 vb.

¹⁹ Bknz: 17. HD. 15.2.2010 T. 10704/1138; 9.2.2010 T. 9455/964

²⁰ Bknz: 17. HD. 23.11.2009 T. 8051/7771; 14.9.2009 T. 5267/5315; 14.9.2009 T. 5267/5321

²¹ Karş: 17. HD. 12.5.2009 T. 2884/3093

²² Bknz: 17. HD. 30.6.2009 T. 3330/4749

²³ Bknz: 17. HD. 15.6.2009 T. 2624/4232; 13.11.2008 T. 1952/5312; 11.11.2008 T. 2356/5234 vb.

«İcra mahkemesinin kararı ile iptâl edilmiş olan kesin aciz vesikasına dayanılarak tasarrufun iptâli davası açılmayacağını»²⁴

«İcra müdürlüğünce verilen (düzenlenen) aciz belgesinin, şikayet yoluyla icra mahkemesince iptâl edilmedikçe geçerliliğini koruyacağını ve tasarrufun iptâli davasına bakan mahkemece -gerek doğrudan doğruya ve gerekse davalının savunması doğrultusunda- aciz belgesinin geçerliliğinin tartışılmayacağını (araştırılmayacağını)»²⁵

«Davacı tarafından ‘kesin aciz vesikası’ sunulmamış olan durumlarda, borçlunun aciz halinde olup olmadığı araştırılarak, aciz halinde olduğu saptanmadan yargılamaya devam edilemeyeceğini»²⁶

«Tasarrufun iptali davalarında, her icra takibi için ayrı ayrı aciz vesikası ibraz edilmesi gerekeceğini»²⁷

«Borçlunun kendisine ait taşınmaz ile, borçluya intikal edecek taşınmazlar üzerinde bulunan hacizler nedeniyle davacının alacağını tahsil edemeyeceğinin -dosyadaki kıymet takdiri raporu ile mal beyanı ve haciz tutanaklarından- anlaşılması halinde, borçlunun aciz halinde olduğunun kabulü gerekeceğini»²⁸

«Borçlunun halen oturduğu ve dava dilekçesinin tebliğ edildiği adresinde herhangi bir haciz işlemi yapılmadan, daha önce boşalttığı adresinde düzenlenen haciz tutanağının, İİK. 105’de ifade edilen ‘geçici aciz belgesi’ niteliğinde sayılamayacağını»²⁹

«Davacı-alacaklı tarafından dosyaya ‘kesin aciz belgesi’ sunulmamış olmasına rağmen, borçlunun tesbit edilen tüm adreslerinde yapılan haciz işlemlerinde tutulan haciz tutanaklarında ‘borçlunun, borcuna yetecek haczi kabil malının bulunmadığı’nın belirlenmiş olması halinde, haciz tutanaklarının İİK’nun 105. maddesinde öngörülen ‘geçici aciz belgesi’ yerine geçeceğini»³⁰

«Borçlunun mevcut malvarlığı, karşısında aciz halinde olup olmadığı, dosyada mevcut haciz tutanaklarının geçici aciz belgesi niteliğinde kabul edilip edilemeyeceği tartışılmadan açılan tasarrufun iptali davasının görülemeyeceğini»³¹

«Fıili haciz yapılmadan ve aciz belgesi sunulmadan açılan tasarrufun iptali davasının reddedileceğini; aciz belgesinin, karar keşinleşinceye kadar her zaman mahkemeye sunulabileceğini»³²

«İptâl davasında, davacının aciz belgesi sunamaması halinde mahkemece ‘...dava şartı yerine getirilmemiş olması nedeni ile, açılan davanın reddine...’

²⁴ Bknz: 17. HD. 14.9.2009 T. 5047/5320; 15. HD. 15.3.2004 T. 688/1433; 23.9.2003 T. 2993/4247

²⁵ Bknz: 17. HD. 26.5.2009 T. 2858/3627; 23.3.2009 T. 5823/1628; 3.3.2009 T. 6031/1085 vb.

²⁶ Bknz: 17. HD. 18.5.2009 T. 384/3232

²⁷ Bknz: 17. HD. 10.3.2009 T. 3739/1268

²⁸ Bknz: 17. HD. 9.3.2009 T. 5232/1205

²⁹ Bknz: 17. HD. 5.3.2009 T. 5019/1112

³⁰ Bknz: 17. HD. 5.3.2009 T. 5319/1108

³¹ Bknz: 17. HD. 3.3.2009 T. 4328/1078

³² Bknz: 17. HD. 23.2.2009 T. 3537/830

şeklinde karar verilmesi gerekeceğini»³³

-«Borçlunun haciz konulan traktör, motosiklet ve hisselerinin değerinin, davacının alacak miktarı karşılayacak durumda bulunmaması ve borçlunun evinde yapılan menkul haczi sırasında tutulamtutanağının, İİK'in 105. maddesinde öngörülen «aciz vesikası» niteliğinde bulunması halinde, açılan tasarrufun iptali davasının dinlenmesi gerekeceğini»³⁴

-«Davalı borçlunun haczedilen taşınmaz ve araçlarının değerleri tespit edilerek, aciz halinin varlığı saptanmadan tasarruf iptali davasının sonuçlandırılmayacağını»³⁵

-«Aciz halinde bulunmayan borçlu hakkında tasarrufun iptali davası açılmayacağını»³⁶

-«Geçici aciz vesikası'na (İİK. 105/II) dayanılarak «açılan tasarrufun iptali davasının zamanaşımını kesmeyeceğini»³⁷

-«İptâl davasından önce veya iptâl davası sırasında davacı 'aciz vesikası' ibraz etmemiş dahi olsa, borçlunun malvarlığı olara bildirdiği taşınmazların üzerinde pek çok sayıda haciz bulunduğu ve bir kısmının ipotekli olması, alacaklının sırasının ise arkalarda bulunuyor olması halinde, borçlunun aciz halinde olduğunun kabul edilerek, açılan iptâl davasına bakılması gerekeceğini»³⁸

-«Haciz sırasında, borçlunun ödeme taahhüdünde bulunması üzerine, alacaklı vekilinin haciz yapılmasını istememesi halinde, bu durumu belgeleyen haciz tutanağının 'aciz belgesi' niteliğini taşımayacağını»³⁹

-«Borçluya miras bırakanından kalan taşınmazlardaki hisselerinin değerleri bilirkişi marifetiyle tesbit ettirildikten sonra, borçlunun borcunun karşılanıp karşılanmadığı dolayısı ile aciz halinin gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»⁴⁰

- «Mahkeme dosyasına sunulmuş olan 'haciz tutanağı'nın, İİK'in 105/II. maddesinde belirtilen 'geçici aciz belgesi' niteliğinde bulunmaması halinde, davacı alacaklıya 'aciz belgesi' ibraz etmesi için süre verilmesi gerekeceğini»⁴¹

- «Üzerine alacaklı tarafından haciz konulan borçluya ait çeşitli taşınmaz ve araçlardaki hisselerin değerleri tesbit edilmeden (dolayısı ile borçlunun aciz halinde bulunup bulunmadığı saptanmadan) icra dairesince düzenlenen 'haciz tutanağı'nın 'aciz belgesi' niteliğinde kabul edilemeyeceğini»⁴²

³³ Bknz: 17. HD. 19.2.2009 T. 713/804; 9.2.2009 T: 4454/462; 8.7.2008 T. 848/3817 vb.

³⁴ Bknz: 17. HD. 5.2.2009 T. 3871/421

³⁵ Bknz: 17. HD. 3.2.2009 T. 4222/384

³⁶ Bknz: 17. HD. 27.1.2009 T. 4568/216

³⁷ Bknz: 12. HD. 2.12.2008 T. 18203/21511

³⁸ Bknz: 17. HD. 27.10.2008 T. 4002/4853

³⁹ Bknz: 17. HD. 31.3.2008 T. 192/1594

⁴⁰ Bknz: 17. HD. 17.3.2008 T. 259/1251; 1.10.2007 T. 3597/2889

⁴¹ Bknz: 17. HD. 29.1.2008 T. 5423/366

⁴² Bknz: 17. HD. 24.1.2008 T. 150/273; 22.10.2007 T. 4316/3156

- «Dava konusu tasarrufun İİK. 277 ya da BK 18'e göre terditli (kademeli) olarak iptâlinin istenmiş ve mahkemece HUMK. 76 uyarınca davanın İİK. 277 vd. göre açılmış iptâl davası olarak algılanmış olması halinde, 'aciz vesikası bulunmamış olması nedeniyle davanın reddine' dair verilen kararda isabetsizlik bulunmadığını»⁴³

- «Takipte taraf olmayan üçüncü kişilerin, borçlu hakkında düzenlenen aciz vesikasının şikayet yolu ile iptâlini isteyemeyeceğini»⁴⁴

- «'Aciz hali'nin gerçekleşmesi, tasarrufun iptâli davasının 'dava şartı' olduğundan, mahkemece davacı-alacaklıya, 'kesin aciz vesikası' ya da 'geçici aciz vesikası yerine geçecek haciz tutanağı' ibraz etmesi için mehil verilerek, sonucuna göre hüküm kurulması gerekeceğini»⁴⁵

- «'Aciz vesikası' olarak kabul edilemeyecek bilirkişi raporuna dayanılarak, borçlunun aciz halinde olduğunun kabul edilemeyeceğini»⁴⁶

- «'Haciz işlemi yapıldığı' yazılı olmayan haciz tutanaklarının, İİK. 105 anlamında 'geçici aciz belgesi' niteliğini taşımayacağını»⁴⁷

- «Tasarrufun iptâli davasının dinlenebilmesi için, 'borçlu hakkında alınmış kesin bir aciz vesikasının bulunması' veya 'yapılan haciz işleminin İİK. 105 anlamında geçici aciz belgesi niteliğinde olması' ya da 'tasarrufun itâli davasının İİK. 245 uyarınca iflas idaresi' yahut 'İİK. 255/III uyarınca kendilerine yetki verilen alacaklılar' tarafından açılmış olması gerekeceğini»⁴⁸

- «Dosyada mevcut belgelerden borçlunun taşınmaz mallarına ve bankalarda mevduatına rastlanamaması ve borçluya ait çeşitli adreslerinde yapılan hacizlerde borcunu karşılayacak taşınır malının bulunmadığının saptanması halinde düzenlenen haciz tutanaklarının 'geçici aciz belgesi' hükmünde sayılacağını»⁴⁹

- «'Geçici aciz vesikası'ndan bahsedebilmek için, borçlu hakkında yapılan haciz işlemi sonunda, borçlunun borcunu karşılayacak -haczedilenler dışında- malı bulunmadığının haciz tutanağında belirtilmiş olması gerekeceğini; 'kesin aciz vesikası'nda ise; alacağının tamamını -yapılan satış sonucunda- alamamış olan bir alacaklının bulunması gerekeceğini»⁵⁰

- «Sadece borçlunun maaşının haczi için çalıştığı kuruma yazı yazılmakla yetinilmiş ve haciz için başka bir işlem yapılmamış olması halinde, borçlunun 'aciz halinde olduğu'nun kabul edilemeyeceğini»⁵¹

- «Borçlunun mevcut olduğu anlaşılan taşınmazlarına kıymet takdiri yapılp

⁴³ Bknz: 17. HD. 8.10.2007 T. 4359/3009

⁴⁴ Bknz: 12. HD. 26.12.2006 T. 21812/24763

⁴⁵ Bknz: 15. HD. 8.3.2005 T. 7623/1299; 10.11.2004 T. 1756/5785; 21.10.2004 T. 3131/5291 vb.

⁴⁶ Bknz: 19. HD. 30.9.2004 T. 5030/4768

⁴⁷ Bknz: 15. HD. 12.5.2004 T. 6913/2676

⁴⁸ Bknz: 15. HD. 10.5.2004 T. 1892/2621; 1.10.2001 T. 3971/4209, 16.4.2001 T. 1400/1954 vb.

⁴⁹ Bknz: 17. HD. 3.12.2007 T. 2793/3985; 15. HD. 3.3.2004 T. 7118/1171

⁵⁰ Bknz: 15. HD. 20.1.2004 T. 6317/223

⁵¹ Bknz: 15. HD. 11.6.2003 T. 2290/3145

satışa çıkarılmadan ve borcu karşılayıp karşılamadığı anlaşılmadan, düzenlenen haciz tutanağında, 'borçlunun haczi kâbil taşınır malının bulunmadığı'nın belirtilmiş olmasının, borçlunun aciz halinde bulunduğunu göstermeyeceğini»⁵²

- «Diğer borçluların aciz halinin gerçekleşmemiş olmasının, tasarrufun iptâli davasının davalısı olan borçlu lehine dikkate alınabilecek bir husus olmadığını»⁵³

- «Yapılmış olan hacze itiraz edilmesi üzerine haczin icra mahkemesince iptâl edilmiş olması halinde, 'geçici aciz belgesi'nin varlığından söz edilemeyeceğini (ve açılan tasarrufun iptâli davasının görülemeyeceğini)»⁵⁴

- «Davalı-borçlu limited şirket adına kayıtlı araçlara, icraca kıymet takdiri yapılarak, haczedilen diğer taşınır mallarla birlikte değerlendirilerek, takip konusu alacak ve eklentilerini karşılayıp karşılamayacağını ve davalı borçlunun aciz halinin gerçekleşip gerçekleşmediği kesin olarak saptanmadan iptâl davasının görülemeyeceğini»⁵⁵

- «İcra mahkemesince, borçluya, babasının vefatı üzerine kendisine intikal eden taşınmaz hakkında ortaklığın giderilmesi davası açabilmesi için yetki verildiğinin anlaşılması üzerine, 'ortaklığın giderilmesi davası sonucu, borçluya intikal eden taşınmazın alacağı karşılayıp karşılamayacağı, dolayısıyla borçlunun aciz halinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekeceğini»⁵⁶

- «Borçlunun haczedilen mallarının borcunu karşılamaması halinde, mal beyanında 'taşınır/taşınmaz hiçbir mal bulunmadığını' belirtmiş olan borçlunun bu beyanı karşısında, haciz tutanağının 'geçici aciz belgesi' niteliğini taşıyacağını»⁵⁷

- «İcra müdürlüğünce 'borçluya geçici aciz belgesi verilmesine' dair kararın, takibe taraf olmayan üçüncü kişi tarafından şikayet konusu yapılamayacağını»⁵⁸

- «Borçlunun 'hiç malı bulunmadığına' dair icra memurluğuna yaptığı mal beyanının 'aciz belgesi' niteliğinde sayılamayacağını»⁵⁹

- «Tasarrufun iptâli'ne karar verilebilmesi için, borçlunun aciz halinde olması, başka bir anlatımla 'haczedilenler dışında borcu karşılayacak başka malının bulunmaması' gerekeceğini»⁶⁰

- «Davacı alacaklının kendi alacağı (takip dosyası) ile ilgili olarak aciz

⁵² Bknz: 15. HD. 5.6.2003 T. 202/3020; 15.5.2003 T. 1368/2608; 11.2.2002 T. 348/631 vb.

⁵³ Bknz: 15. HD. 6.11.2002 T. 3313/4951

⁵⁴ Bknz: 15. HD. 23.10.2002 T. 3008/4797

⁵⁵ Bknz: 15. HD. 17.6.2002 T. 2241/3270

⁵⁶ Bknz: 15. HD. 11.6.2002 T. 2362/3173

⁵⁷ Bknz: 15. HD. 15.5.2002 T. 1395/2523; 18.4.2000 T. 1539/1882; 13.11.1996 T. 4326/6005 vb.

⁵⁸ Bknz: 12. HD. 7.3.2002 T. 3364/4613

⁵⁹ Bknz: 12. HD. 26.3.2001 T. 4982/1465; 7.4.1997 T. 780/1898; 13. HD. 18.5.1974 T. 1298/121

⁶⁰ Bknz: 15. HD. 5.10.1999 T. 3250/3480

belgesi almadan, başka alacaklının (veya aynı alacaklının başka bir dosyasından) aldığı aciz belgesine dayanarak, iptâl davası açamayacağını»⁶¹

- «İİK. 105. uyarınca icra müdürlüğünce düzenlenmiş olan haciz tutanağı'nın 'geçici aciz belgesi' sayılıp sayılmayacağını mahkemece değerlendirileceğini»⁶²

- «İptâl davasına dayanak teşkil eden takip dosyasındaki ödeme emrinin iptâline karar verilmiş olamsı halinde, davacı-alacaklının ibraz ettiği aciz belgesinin geçersiz hale geleceğini»⁶³

- «'Alacaklı tarafından bildirilen adresin, borçluya ait olmaması nedeniyle haciz yapılamadığını' belirten tutanağın 'geçici aciz belgesi' niteliğinde kabul edilemeyeceğini»⁶⁴

- «Kollektif şirket hakkında alınan aciz belgesinin, alacaklıya, kollektif şirket ortakları hakkında iptâl davası açma hakkı vermeyeceğini»⁶⁵

belirtmiştir.

II- Burada, alacaklıya 'iptâl davası' açma hakkı veren 'haciz tutanağı' «kesin haciz»e ilişkin olan haciz tutanağıdır. Bu nedenle;

aaa- Geçici haciz⁶⁶ **tutanağı** (İİK. mad. 69/I), «geçici aciz belgesi» yerine geçmez.

bbb- İhtiyati haciz tutanağı, borçlunun hiçbir malının bulunmadığını tesbit etse dahi, ihtiyati haciz, kesin hacze dönüşmedikçe, bu tutanağa dayanılarak iptâl davası açılmaz.^{67 68}

Yüksek mahkeme⁶⁹ «borçlunun adresini gizlemesi (bildirmemesi) nedeniyle ihtiyati hacizin kesin hacze dönüşmemiş olması halinde, açılmış olan tasarrufun iptâli davasının hemen reddedilmeyerek, ihtiyati haczi, icrai (kesin) hacze çevirmesi için alacaklıya süre verilmesi gerekeceğini» belirtmiştir...

ccc- «Rehin açığı belgesi»⁷⁰ (İİK. 152) dayanılarak da iptâl davası açılmaz.^{71 72}

⁶¹ Bknz: 15. HD. 23.11.1998 T. 4281/4368; 20.4.1995 T. 1917/2378; 23.3.1994 T. 6/1772 vb.

⁶² Bknz: 15. HD. 2.10.1995 T. 2300/5157

⁶³ Bknz: 15. HD. 28.4.1993 T. 2187/2016

⁶⁴ Bknz: 15. HD. 18.2.1993 T. 535/696

⁶⁵ Bknz: 13. HD. 16.4.1981 T. 1228/2844

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T.** ag. şerh. C:4, 4. Baskı, 2008, s:5895 - **UYAR, T.** İcra Hukukunda Haciz, 2. Baskı, 1990, s:6 vd.

⁶⁷ Bknz: 15. HD. 11.5.2004 T. 1641/2645; 24.5.2001 T. 2361/2799; 22.11.2000 T. 4738/5136 vb.

⁶⁸ **KARAYAZGAN, G./VAROL, B.** Tatbiki İcra ve İflâs Hukuku ve En Son İçtihatlar, 1971, s:137 - **CİMCOZ, S.** İcra-İflâs Hukukunda İptâl Davasının İhtilaflı ve Aksayan Yönleri Üzerine Düşünceler (Yargı Dergisi, 1977/Mayıs, s:15 vd.)

⁶⁹ Bknz: 15. HD. 5.10.2000 T. 2072/4269

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T.** ag. şerh. C:8, s:12612 - **UYAR, T.** İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, 2. Baskı, 1992, s: 466 vd.

⁷¹ Bknz: 15. HD. 24.10.2001 T. 2598/4758; HGK. 1.12.1999 T. 15-986/997; 15. HD. 3.11.1997 T. 4061/4665

⁷² **KARAYAZGAN, G./VAROL, B.** age. s:137 - **CİMCOZ, S.** agm. s:15

Uygulamadaki önemi nedeniyle şu hususu da belirtelim ki, iptâl davasına bakan mahkemede, «aciz belgesinin yetersizliği ve geçersizliği» davalı tarafından tartışma konusu yapılamaz.^{73 74} **Doktrinde**⁷⁵ «aciz belgesi düzenlenmesi (İİK. mad. 143) veya aciz belgesi niteliğindeki haciz tutanağının düzenlenmesi (İİK. mad. 105) icra dairesinin bir işlemi olduğundan, ‘aciz belgesinin geçersiz olduğu’ ancak şikayet yolu ile (İİK. mad. 16) icra mahkemesinde ileri sürülebilir ve aciz belgesinin iptali talep edilebilir (iptal davasına bakan mahkeme aciz belgesinin geçersiz olduğuna ilişkin iddiayı inceleme görevine sahip değildir)» denilmiş olmasına rağmen, uygulamada daha çok icra müdürlüğünce düzenlenen «kesin aciz belgeleri» (İİK. mad. 143) iptal davasına bakan mahkemelerde tartışılmamakta, fakat mahkemeye «geçici aciz belgesi» (İİK. mad. 105/II) yerine geçmek üzere sunulan haciz tutanakları’nın «gerçekten ‘geçici aciz belgesi’ niteliğinde olup olmadığı» mahkemelerce (ve Yargıtay’ca) tartışılmaktadır...⁷⁶

Ancak, bu belgenin iptali için şikayet yoluna (icra mahkemesine) başvurulmuşsa, iptâl davasına bakan mahkemece, şikayetin sonuçlanması «bekletici sorun» yapar.⁷⁷

İptâl davası açabilmesi için, alacaklının «aciz belgesi»ne sahip olması niçin istenmektedir? İptâl davası, alacaklının alacağını, kısmen ya da tamamen borçlunun malvarlığından -onun, alacaklılarına zarar vermek amacı ile mallarını kaçırmış olması nedeniyle- sağlayamadığı durumlarda açılabilen bir dava olduğundan, alacaklı «borçlusunun aciz halinde olduğunu» ancak aciz belgesi ile kanıtlayabildiğinden, iptâl davası açan alacaklının, icra müdürlüğünden alacağı «aciz belgesi»ni «İİK. mad. 143, 105/I» (ya da; geçici aciz belgesi hükmündeki «haciz tutanağını» «İİK. mad. 105/II») mahkemeye -ileride belirteceğimiz gibi; «dava dilekçesi» ile birlikte ya da yargılama sona erinceye kadar- sunması gerekir...

III- Davacının «aciz belgesi»ne sahip olması, iptâl davasının «dinlenme koşulu» (dava şartı) dur.^{78 79} Bu nedenle, davacının, dava dilekçesine «aciz belgesi»ni de eklemesi uygun olur.⁸⁰ Mahkemenin, kendiliğinden, davanın

⁷³ **KOSTAKOĞLU, C.** Takip Hukukunda İptâl Davaları (Ad. D. 1989/6, s:16 - YD. 1989/8, s:1044 vd.)

⁷⁴ Bknz: 17. HD. 26.5.2009 T. 2858/3627; 23.3.2009 T. 5823/1628; 3.3.2009 T. 6031/1085 vb.

⁷⁵ **KURU, B.** El Kitabı, s:1213 - **ÖZTEK, S.** age. s:76 - **ÖZTEK, S.** İptâl Davası Açma Hakkı İle Bağlantılı Olarak Hacizdeki Borç Ödemeden Aciz Vesikası ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar (Bankacılar Dergisi, S:1998/27, s:92 - **MUŞUL, T.** agm. s:2833

⁷⁶ Bknz: 15. HD. 2.10.1995 T. 2300/5157

⁷⁷ Bknz: 15. HD. 7.5.1992 T. 2135/2460; 4.3.1992 T. 869/1042

⁷⁸ **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku, C:4, 1997, s:3494 vd. - **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2004, s:1212 - **OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A.** İİK. Şerhi, C:5, 2007, s:5852 vd. - **PEKCANİTEZ, H./ALTAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M.** İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, 2009, s:708 - **UMAR, B.** Türk İcra ve İflas Hukukunda İptal Davası, 1963, s:36 - **GÜNEREN, A.** Tasarruf İptali Davaları, 2008, s:181 **GÜRDOĞAN, B.** İflas Hukuku Dersleri, 1966, s:238 - **KOSTAKOĞLU, C.** a.g.m. (Ad. D. 1989/6, s:14 - Yasa D. 1989/8, s:1043 - **ÜSTÜNDAĞ, S.** İflas Hukuku, 8. Bası, 2009, s:282 vd. - **MUŞUL, T.** İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, s:1296 vd.

⁷⁹ Bknz: 17. HD. 1.7.2010 T. 5096/6229; 10.12.2009 T. 6893/8204; 23.11.2009 T. 8206/7773 vb.

⁸⁰ **AKYAZAN, S.** Borç Ödemeden Aciz Vesikası (Ansay Armağanı, s:320)

açıldığı tarihte bu dava koşulunun gerçekleşmiş olup olmadığını kendiliğinden araştırması gerekir.⁸¹ ⁸² Burada karşımıza şöyle bir sorun çıkabilir: Davacı -alacaklı, mahkemece, dava henüz «aciz belgesinin dava açılmadan önce alınmamış olması» nedeniyle red edilmeden, bir «aciz belgesi» alır ve bunu mahkemeye sunarsa ne şekilde karar verilecektir? **Doktrinde** ileri sürülen -bizim de katıldığımız- **görüğe göre**,⁸³ bu durumda başlangıçtaki «dava koşulu» noksanlığı ortadan kalkmış olacağından mahkemenin artık davaya bakması gerekir, çünkü hüküm sırasında «dava koşulu» tamamdır. Başka bir deyişle, dava koşulları, dava açılmasından, hükmün verilmesine kadar var olmalıdır. Davanın dışında, bir dava koşulunun noksan olduğu tesbit edilirse dava esasa girmeden (usulden) red edilir. Fakat, bu ihmal edilmiş olup da, bu dava koşulunun noksan olmasına rağmen, esasa girilmiş ve dava sırasında, o dava koşulu noksanlığı ortadan kalkmış (giderilmiş) ise, hüküm anında, bütün dava koşulları tamam olduğundan, davanın esası hakkında karar verilir. Yani, dava «dava koşullarının başlangıçta noksan olduğu» gerekçesiyle usulden red edilmez. İptâl davası, borç ödemedен aciz belgesi alınmadan önce açılırsa, dava koşulu noksandır. Fakat, davacı-alacaklı, iptâl davasından sonra aldığı aciz belgesini mahkemeye verirse, bununla dava koşulu tamamlanmış olacağından, mahkemenin davaya bakması gerekir.

Diğer bir görüşe göre⁸⁴ ise; dava koşullarının, davanın açıldığı tarihte var olması gerekir. Dava tarihinde, davacı aciz belgesi almamışsa, açtığı iptal davası red edilmelidir.

Davacı-alacaklının mahkemeye sunacağı «aciz belgesinin, davanın açıldığı tarihte «borçlunun aciz halinde olduğunu» ortaya koyması gerekir.⁸⁵ ⁸⁶ Eğer, mahkemeye sunulan «aciz belgesi» borçlunun, davanın açılmasından sonraki tarihte aciz halinde bulunduğunu» belirtiyorsa, bu durumda davanın «esasa girilmeden» (usulden) red edilmesi gerekir. Ancak uygulamada -yüksek mahkemenin son (yeni) içtihatlarında- bu kurala titizlikle uyulduğu söylenemez...⁸⁷

⁸¹ **UMAR, B.** a.g.e. s: 36 - **KURU, B.** a.g.e. C:4, s:3494 - **KURU, B.** El Kitabı, s:1212 - **GÜRDOĞAN, B.** a.g.e. s:238 - **SARISÖZEN, İ.** İcra ve İflas Hukukuna Göre İptâl Davasında Yargılama Usulü (ABD. 1977/2, s:284) - **GÜNEREN, A.** age. s:181

⁸² Bknz: 17. HD. 1.7.2010 T. 5096/6229; 10.12.2009 T. 6893/8204; 23.11.2009 T. 8206/7773 vb.- 17. HD. 1.7.2010 T. 3699/6225; 1.10.2009 T. 4961/5863; 17.9.2009 T. 5394/5517 vb.

⁸³ **KURU, B.** a.g.e. C:4, s:3496 - **KURU, B.** El Kitabı, s:1212 - **KOSTAKOĞLU, C.** a.g.m. (Ad. D. 1989/6, s:14 - Yasa D. 1989/8, s:1043) - **ŞİMŞEK, E.** Uygulamalı İcra ve İflas Kanunu, 1989, s:851 - **KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E.** Tasarrufun İptâli Davaları, 1998, s:55 vd. - **ÖZTEK, S.** İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemedен Aciz Vesikası, s:68, dipn. 51 civarı - **YILDIRIM K.** İcra ve İflas Hukukunda İptâl Davaları, 1995, s:252 - **ÖZTEK, S.** agm. s:89

⁸⁴ **UMAR, B.** a.g.e. s: 37 - **BERKİN, N.** İflas Hukuku, 1973, s: 498 - **OLGAÇ, S.** Yargıtay İçtihatları Işığında İcra ve İflas Hukukunda İptâl Davaları (Dr. A. Seçkin'e Armağan, 1974, s:459)

⁸⁵ **KOSTAKOĞLU, C.** agm. s:14 vd. - **ÖZTEK, S.** age. s:71 - **MUŞUL, T.** Tasarrufun İptâli Davasında Dava Şartı Olarak Aciz Vesikası, Sorunlar, Yargıtay Kararları ve Düşünceleriniz (Legal Huk. D. Ekim/2004, s:2827 vd.

⁸⁶ Aynı doğrultuda: 13.HD. 24.6.1982 T. 1699/4690; 15. HD. 22.10.1984 T. 1407/3166 - 15. HD. 21.9.1989 T. 2097/3737

⁸⁷ Bknz: **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** age., 3. Bası, s:847 vd.

Yüksek mahkeme önceleri (iptâl davalarına ilişkin kararları temyizen incelediği dönemde, kimi kararlarında; **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi**^{88 89} (ve **Hukuk Genel Kurulu**^{90 91}) ikinci görüşü benimsemişken, yakın zamana kadar iptâl davalarına ilişkin kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi**⁹² ve bugün bu kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi**⁹³ bu görüşten ayrılarak, «aciz belgesinin dava açılmadan önce alınmış olmasının zorunlu olmadığını, davadan önce başlamış bir icra takibine dayalı olarak, davadan sonra da düzenlenmiş olabileceğini⁹⁴ (ve duruşmanın bitmesine kadar, hatta Yargıtay incelemesi aşamasında veya Yargıtay bozmasından sonraki duruşmalarda da mahkemeye ibraz edilebileceğini)» belirtmiştir...

IV- Buraya kadar ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, mahkemeye *aciz belgesi* sunmak, iptâl davalarının dinlenebilmesi için bir ön şart ise de, bu zorunluluk eğer özel bir kanun hükmü ile kaldırılmış ise, o zaman kendisine bu olanak tanınan alacaklılar, «aciz belgesi» ibraz etmeden iptâl davası açabilirler. Örneğin; **5411 sayılı Bankacılık Kanunu** uyarınca; TMSF tarafından⁹⁵ *Fon (kamu) Bankaları* tarafından⁹⁶ *Fon'a devredilen Bankalar* tarafından,⁹⁷ *RTC Varlık Yönetim A.Ş.* tarafından,⁹⁸ *sermayesinin yarısından fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan ya da hisselerinin çoğunluğu üzerinde bu kurum ve kuruluşların idare ve temsil yetkisi bulunan bankalar* tarafından⁹⁹ *Türkiye Vakıflar Bankası A.O.* tarafından,¹⁰⁰ açılan iptâl davalarında «aciz belgesi» aranmaz...

Ayrıca; *muavazaa* nedenine dayalı olarak açılan *tasarrufun iptali* davaları hakkında verilen kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi** de, bugüne kadar hiç sapma göstermeden oluşturduğu içtihatlarında¹⁰¹ «*davacı-alacaklı tarafından açılmış veya açılacak alacak (tazminat) davasını sonuçsuz (karşılıksız) bırakmak amacı ile kötü niyetli borçlu davalı ile diğer davalı üçüncü kişi arasında yapılmış olan danışıklı (muavazaalı) mal kaçırmaya yönelik hukuki işlemlerin (tasarrufların) iptali için de -BK. 18'e dayalı olarak- iptâl davası açılabilceğini, bu davanın dinlenebilmesi için, davacı-alacaklının ayrıca 'aciz*

⁸⁸ Bknz: 13. HD. 24.6.1982 T. 1699/4690

⁸⁹ Karş: 13. HD. 1.6.1981 T. 2245/4164 - 27.9.2979 T. 4000/4691 - 23.11.1978 T. 3850/4936), (UYAR, T. İptâl Davaları, 1. Bası, s:126 vd.)

⁹⁰ Bknz: HGK. 13.3.1976 T. E:1974/12-201, K:1064

⁹¹ Karş: HGK. 18.1.1967 T. E:1966/İc. İf-684, K:13 -

⁹² Bknz: 15. HD.16.1.2007 T. 3981/62; 22.3.2006 T. 6110/1677; 2.5.2005 T. 7075/2686; 9.12.2004 T. 5440/6398; 3.11.2004 T. 5591/6591 vb.

⁹³ Bknz: 17. HD. 1.7.2010 T. 3699/6225; 1.10.2009 T. 4961/5863; 17.9.2009 T: 5394/5517 vb.

⁹⁴ Bknz: 17. HD. 12.5.2008 T. 1239/2496

⁹⁵ Bknz: 17. HD. 30.10.2007 T. 4626/3300; 19.7.2007 T. 1079/2553; 15. HD. 5.7.2006 T. 2840/4211 vb.

⁹⁶ Bknz: 17. HD. 28.11.2008 T. 2743/5604; 30.10.2008 T. 1887/4838; 24.6.2008 T. 1053/3480 vb.

⁹⁷ Bknz: 15. HD. 17.4.2006 T. 7979/2249

⁹⁸ Bknz: 17. HD. 19.2.2009 T: 277/806; 19.11.2008 T. 2339/5386

⁹⁹ Bknz: 17. HD. 3.3.2008 T. 5058/995

¹⁰⁰ Bknz: 17. HD. 3.2.2009 T. 4842/389

¹⁰¹ Bknz: 4. HD. 17.3.2008 T. 6100/3475; 17.3.2008 T. 1813/3444; 21.2.2008 T. 5775/2100 vb. - 4. HD. 21.6.2007 T. 6454/8425; 24.5.2007 T. 8388/6948; 7.3.2007 T. 3924/3876 vb.

belgesi' ibraz etmesine gerek bulunmadığını», «davacı-alacaklı tarafından 'kendisine borçlu olan davalı ile diğer davalı üçüncü kişi arasındaki işlemin, danışıklı (muvazaalı) olduğu, kendisini alacağından yoksun bırakmak amacıyla yapılmış olduğu' ileri sürülerek BK. 18 dayanılarak iptâl davası açılabileceğini, bu davanın dinlenebilmesi için, davacı-alacaklının ayrıca 'aciz belgesi'ne dayanmak zorunda olmadığını» belirtmiştir...

V- Buraya kadar incelenen, iptâl davası açabilmek için «aciz belgesi»ne sahip olma koşulu, 538 sayılı Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında -1965 yılında- kaldırılmak istenmiş¹⁰² ve bu istek Hükümet Tasarısına girmişse de, Millet Meclisi Adalet Komisyonu bu değişikliği benimsememiş ve istek böylece kanunlaşmamıştır.¹⁰³

VI- Davacının, iptâl davası açabilmek (ya da açtığı davanın görülmesini sağlayabilmek) için aciz belgesi alıp, mahkemeye vermek zorunda olması, borçlu hakkında, iptâl davası açmadan önce icra takibi yapmış olmasını zorunlu kılmaktadır. Gerçekten, «aciz belgesi» -ya da «aciz belgesi niteliğindeki haciz tutanağı»- icra takibi sırasında ya da icra takibi sonunda verildiğinden, borçlusu hakkında icra takibinde bulunmamış olan alacaklıya, «aciz belgesi» verilmesi düşünülemez. Hatta, alacaklının sadece icra takibi yapmış olması yeterli olmayıp, bu takibin kesinleşmiş -ve alacaklının, borçlunun mallarının haczini istemiş- olması gereklidir.^{104 105}

Yüksek mahkeme, «icra takibinin kesinleşmiş olması» koşulu ile ilgili olarak;

- «Borçlunun, hakkında yapılan -ilamsız- takibe itiraz etmiş ve alacaklı tarafından «itirazın iptali davası» açılmış olması halinde, tasarrufun iptali davasında, itirazın iptali davasının kesinleşecek sonucunun 'bekletici mesele' yapılması gerekeceğini»¹⁰⁶

- «İptal davasının dayandığı icra takip dosyasında, borçluya gönderilen ödeme/icra emrinin, Tebligat Kanununun hükümlerine uygun olarak borçluya tebliğ edilip, takibin kesinleşmiş olması gerektiğini»¹⁰⁷

- «Davalı-borçlu hakkında yapılmış bir icra takibi bulunmaması halinde, açılmış olan davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini»¹⁰⁸

- «Borçluya karşı yapılmış olan icra takibi hakkında, İİK. 71 uyarınca icra mahkemesince 'icranın geri bırakılması' kararı verilmişse, mahkemece

¹⁰² GÜRDOĞAN, B. İptâl Davaları (İcra ve İflas Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, 1965, s:162 vd.)

¹⁰³ ÖNEN, T. İptâl Davaları (Ank. İk. Tic. İl. Ak. D. 1969/1, s:41)

¹⁰⁴ KOSTAKOĞLU, C. a.g.m. (Ad. D. 1989/6, s:23 vd. - Yasa D. 1989/8, s:1050 vd.) - ŞİMŞEK, E. a.g.e. s:852

¹⁰⁵ Bknz: 17.HD. 26.12.2008 T.4215/5810; 14.7.2008 T. 2594/3948; 26.6.2008 T. 727/3542; HGK. 8.3.2006 T. 15-34/36, 15. HD. 28.6.2005 T. 1163/3873; 17.12.2003 T. 4545/6078; 18.11.2003 T. 4639/5513; 5.5.2003 T. 898/2384 vb.

¹⁰⁶ Bknz: 17. HD. 23.2.2010 T. 10319/1442

¹⁰⁷ Bknz: 17. HD. 8.2.2010 T. 10275/857; 14.9.2009 T. 3384/5315

¹⁰⁸ Bknz: 17. HD. 21.1.2010 T. 9229/181

‘tasarrufun iptali davasının reddine’ karar verilmesi gerekeceğini¹⁰⁹

- «Tasarrufun iptali davalarında ‘borçlu hakkında yapılmış olan icra takibinin kesinleşmesi olması’nın, davanın ön koşulu olduğunu»¹¹⁰

- «Tasarrufun iptali davasının dayanağını teşkil eden takipte -kesinleşen mahkeme kararı ile- borçlunun alacaklıya borçlu bulunmadığının (borçlunun, borçlu olmadığının) saptanmış olması halinde, açılmış olan tasarrufun iptali davasının red edilmesi gerekeceğini»¹¹¹

- «Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, alacaklı tarafından, davalı-borçlu aleyhine yapılmış bir icra takibi bulunması gerektiğini»¹¹²

- «Takip dayanağı nafaka ilamının kısmen bozulmuş olmasının -davacının alacağının kısmen de olsa mevcut sayıldığı durumların- davanın reddine neden olmayacağını»¹¹³

- «Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için; ‘davacının davalı-borçluda gerçek bir alacağının bulunması’, ‘borçlu hakkında yapılan icra takibinin kesinleşmiş olması’, ‘iptal konusu tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılmış olması’ ve ‘borçlu hakkında alınmış aciz belgesinin bulunması’nın gerekli olduğunu»¹¹⁴

- «Muhtemel bir alacak için tasarrufun iptali davası açılmayacağını»¹¹⁵

- «Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, öncelikle kesinleşmiş bir icra takibinin bulunması gerektiğini, yapılmış olan icra takibinin icra mahkemesince iptal ediliş olması halinde, tasarrufun iptali davasında reddedilmesi gerekeceğini»¹¹⁶

- «İcra takibinin, takip tarihinde ölü olan kişiye karşı yapılmış olması halinde, usulüne uygun bir takip bulunmadığından, bu takibe dayalı olarak iptâl davası açılmayacağını»¹¹⁷

- «İptâl davasının dinlenebilmesi için varlığı zorunlu bulunan icra takibinin, dava tarihinden önce yapılmış olmasının gerekmediğini, yapılan yargılama aşamasında icra takibin bulunmasının, davanın dinlenebilmesi için yeterli olduğunu»¹¹⁸

- «Takip konusu borca, borçlu tarafından itiraz edilmiş olması üzerine alacaklı tarafından ‘itirazın iptâl, idavası’ açılmamış ya da ‘itirazın kaldırılması’nın istenmemiş sadece borçlu tarafından açılmış olan menfi tesbit

¹⁰⁹ Bknz: 17. HD. 19.1.2010 T. 7767/96

¹¹⁰ Bknz: 17. HD. 28.12.2009 T. 8452/9007; 15.12.2009 T. 8495/8457; 12.11.2009 T. 8903/7489 vb.

¹¹¹ Bknz: 17. HD. 23.11.2009 T. 6128/7781; 13.4.2009 T. 5713/2307; 30.3.2009 T. 5342/1822

¹¹² Bknz: 17. HD. 16.11.2009 T. 6501/7528

¹¹³ Bknz: 17. HD. 30.6.2009 T. 2907/4754

¹¹⁴ Bknz: 17. HD. 20.5.2009 T. 2951/3395

¹¹⁵ Bknz: 17. HD. 11.5.2009 T. 318/3005

¹¹⁶ Bknz: 17. HD. 19.1.2009 T. 3254/11; 20.1.2008 T. 2843/90

¹¹⁷ Bknz: 17. HD. 6.11.2007 T. 4751/3439

¹¹⁸ Bknz: 15. HD. 18.11.2003 T. 5510/5515

davası reddedilmiş ise, ‘icra takibinin kesinleştiği’ kabul edilerek açılmış olan tasarrufun iptâlî davasına bakılamayacağını¹¹⁹

- «İcra takibinin, iptâl davasının açılmasından sonra kesinleşmiş olmasının, davanın incelenmesine engel teşkil etmeyeceğini»¹²⁰

- «Borçlunun, kambiyo senetlerine mahsus -örnek: 10- ödeme emrine itiraz etmiş olmasının, takibin kesinleşmediğini göstermeyeceğini (ve bu dayalı olarak alacaklının ‘iptâl davası’ açabileceğini)»¹²¹

- «Borçluya ödeme emri tebliğ edilmeden (takip kesinleşmeden) haciz yapılmış olduğunun saptanması halinde, alacaklının açtığı iptâl davasının reddedilmesi gerekeceğini»¹²²
belirtmiştir.

VII- Açılmış olan tasarrufun iptali davasında, «takip konusu alacağın kesinleşmesi» için, bazı davaların sonuçlarının mahkemece «bekletici mesele» yapılması gerekir. **Yüksek mahkeme**, bu konuyla ilgili olarak;

- «Alacaklı sıfatı ile borçlu ve onunla işlemde bulunan 3. kişi aleyhine açılan ‘borçlunun 3. kişiye yaptığı muvazaalı satış işleminin iptali’ davasında, icra takibinin kesinleşmesi yeterli olamayıp, aynı zamanda takip konusu alacağın da kesinleşmesi gerekeceğinden, borçlu tarafından alacaklıya karşı açılıp devam eden olumsuz tespit davasının sonucunun, iptâl davası için ‘bekletici mesele’ oluşturacağını»¹²³

- «Tasarrufun iptâlî davasının dinlenme koşullarından birisinin de ‘takip konusu alacağın kesinleşmiş olması’ gerektiğinden, takip konusu borca, itiraz edilmiş olması ve alacaklı tarafından ‘itirazın iptali davası’ açılmış olması (ya da; icra mahkemesinden ‘itirazın kaldırılması’nın talep edilmiş olması) halinde, mahkemece bunların sonucunun (kesinleşmesinin) «bekletici mesele» yapılması gerekeceğini»¹²⁴

- «İtirazın iptali davaları’nın, tasarrufun iptali davalarında ‘bekletici mesele’ olarak kabul edilmesi gerektiğinden, bu iki davanın birleştirilerek birlikte görülemeyeceğini»¹²⁵

- «Tasarrufun iptâlî davasının ‘tazminat davası’ nedeniyle açılmış olması ve mahkemece hükmedilmiş olan tazminatın Yargıtay’ca bozulmuş olması halinde, tazminat davasının kesinleşmesi beklenmeden tasarrufun iptâlî davasının sonuçlandırılmayacağını»¹²⁶

- «Mahkemece icra (ödemeye) emrinin davalı-borçluya tebliğ ettirilmesi ve

¹¹⁹ Bknz: 15. HD. 4.10.2000 T. 3682/4236

¹²⁰ Bknz: 15. HD. 12.9.1995 T. 4203/4514

¹²¹ Bknz: 15. HD. 20.12.1994 T. 5801/7717

¹²² Bknz: 15. HD. 12.3.1992 T. 823/1256

¹²³ Bknz: 17. HD. 6.4.2010 T. 2043/3166; 20.10.2009 T. 4804/6607; HGK. 11.6.1997 T. 4-332/520

¹²⁴ Bknz: 17. HD. 23.2.2010 T. 10319/1442; 4. HD. 22.6.2009 T. 5788/8420; 17. HD. 11.5.2009 T. 203/3002 vb.

¹²⁵ Bknz: 17. HD. 16.3.2009 T. 1612/1477

¹²⁶ Bknz: HGK. 8.3.2006 T. 15-34/36

böylece takibin kesinleşmesi beklenerek, sonucuna göre, tasarrufun iptali davası hakkında karar verilmesi gerekeceğini¹²⁷

- «Davalı-borçlu tarafından yapıldığı anlaşılan ‘aciz belgesinin iptali’ konusundaki şikayetin sonucunun, iptâl davasında ‘bekletici mesele’ yapılması gerekeceğini¹²⁸

belirtmiştir.

VIII- Mahkeme, açılan iptâl davasını, aciz belgesi sunulmamış olması nedeniyle red ederse, «...dava şartı yerine getirilmemiş olması nedeniyle, açılan davanın reddine...» şeklinde karar vermelidir.¹²⁹ Davacı-alacaklının açtığı iptâl davası, «aciz belgesi» olmadığı için reddedilirse, aynı alacaklı, alacağı aciz belgesine dayanarak, ikinci kez iptâl davası açabilir.¹³⁰

İptâl davası, birden fazla «aciz belgesi sahibi alacaklı» tarafından, birlikte açılabilir. Çünkü, dava, her biri için aynı sebepten doğmaktadır (HUMK. mad. 43/2).¹³¹ **Yüksek mahkeme**¹³² «aynı şirkette çalışan işçilerin, işçilik alacağından dolayı açtıkları dava sonunda aldıkları ilama dayalı takipteki alacaklarının ödenmemesi üzerine ‘birlikte’ tasarrufun iptali davası açabileceklerini» belirtmiştir.

İİK’in 277 vd maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin «borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu» ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekir. Çünkü iptâl davasının dinlenebilirlik koşullarından birisi de «tasarrufta bulunan kişinin ‘borçlu’ durumda olması», başka bir deyişle alacaklının gerçekten ‘alacaklı’ sıfatını taşımasıdır.^{133 134}

Bu durumda, «davacı-alacaklının alacağın muvazaalı olduğunu» davalı üçüncü kişinin ispat etmesi gerekir.

IX- İptâl davasının dinlenebilmesi için ayrıca, «davacı-alacaklının alacağının, dava (iptâl) konusu tasarruftan önce doğmuş olması» gerekli midir? Başka bir deyişle, davacı-alacaklı, «kendi alacağının doğum tarihinden önce yapılan tasarrufların iptâlini» isteyemez mi? Bu konunun **doktrinde** tartışmalı olduğunu görüyoruz. Gerçekten **bir görüşe göre**,¹³⁵ «alacaklının alacağının doğum tarihi, iptâle konu tasarruftan sonra olsa bile, alacaklının iptâl davası

¹²⁷ Bknz: 15. HD. 22.1.2001 T. 5903/362

¹²⁸ Bknz: 15. HD. 7.5.1992 T. 2135/2460; 4.3.1992 T. 869/1042

¹²⁹ Bknz: 17. HD. 19.2.2009 T. 713/804; 9.2.2009 T. 4454/462; 8.7.2008 T. 848/3817 vb.

¹³⁰ Bknz: 15. HD. 19.1.2009 T. 3321/16; 15. HD. 2.3.2004 T. 87/1109; 28.3.2002 T. 1005/1456

¹³¹ **KURU, B.** age. C:4, s:3503 - **KURU, B.** El Kitabı, s:1213 - **OLGAÇ, S.** agm. s:459 - **YILDIRIM, M.K.** age. s:254 - **ÖZTEK, S.** agm. s:92 vd.

¹³² Bknz: 17. HD. 4.5.2009 T. 154/2806

¹³³ **KURU, B.** age. C:4, s:3506 - **KURU, B.** El Kitabı, s:1213 - **PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M.** age. s:711 vd. - **GÜNEREN, A.** age. s:130

¹³⁴ Bknz: 17. HD. 1.7.2010 T. 2225/6230; 4. HD. 23.6.2010 T. 12256/7616; 17. HD. 5.4.2010 T. 435/3080 vb.

¹³⁵ **KURU, B.** İflas ve Konkordato Hukuku, s:277 (Ancak, sayın hocamız daha sonra bu görüşünden dönerek, aşağıdaki ikinci görüşe katılmıştır) - **BERKİN, N.** a.g.e. s:499 - **ÜSTÜNDAĞ, S.** age. s:285 - **ALTAY, S.** Türk İflas Hukuku, C:1, 2004, s:675

açma hakkı vardır.» Buna karşın **diğer bir görüşe göre**¹³⁶ ise, «yasa, borçlanan bir kişinin malvarlığının, borçlandığı tarih itibarıyla alacaklıya karşı borcu miktarınca muhafazasını ve alacağın güvencesini sağlamak üzere hüküm düzenlemiştir. Kanun maddelerinin Millet Meclisi Adalet Encümenindeki müzakereleri sırasında, borçlunun, hiç borçlu olmadığı zamanda yaptığı tasarrufların iptâlinin doğru olmayacağı belirtilmiştir... Tasarrufun yapıldığı tarihte bir alacaklı mevcut olmalıdır ki, yasanın koruyucu hükümlerinden istifade etsin. Nitekim alacaklının, borçlu ile borçlandırıcı işleme girerken, onun malvarlığını ve edim gücünü incelediğini ve durumunu bilerek onunla hukuki ilişkide bulunduğunu kabul etmek gerekir. Borçlunun ekonomik gücünü yeterince incelemeyen borçlandırma işleminden önceki zamanda yapılan tasarruftan kendisi için bir yarar sağlayamaz. Bu suretle, kural olarak, tasarrufun yapıldığı tarihte alacaklı durumunda olan kişi, iptâl davası açabilir, diğer bir ifade ile tasarrufun yapıldığı tarihte üçüncü kişi ile hukuki ilişkide bulunan kişi, borçlu durumda olmalıdır ki, yukarıda sözü edilen tasarruflarının iptâli mümkün olabilsin...»

Bu konudaki **üçüncü bir görüşe göre**¹³⁷ ise; yukarıda özetlenen her iki görüş de isabetli değildir. Gerçekten, «alacaklının alacağının doğum tarihi, iptâle konu tasarruftan sonra olsa bile -mutlak olarak- alacaklının iptâl davası açabileceğini» belirten birinci görüş, İİK mad. 278/I'nın açık ifadesine aykırı düşmektedir. «Tüm iptâl davalarının açılabilmesi için, davacının alacağının, iptâl konusu tasarruftan önce doğmuş olması gerektiğini» belirten ikinci görüş ise, sadece bu koşulu açıkça öngören İİK mad. 278 çerçevesinde açılacak iptâl davaları için isabetli olup, böyle bir koşulu açıkça öngörmeyen İİK. mad. 279 ve 280 çerçevesinde açılacak iptâl davaları bakımından yasaya aykırı düşmektedir. Çünkü, İİK mad. 279 ve 280'de böyle bir koşul öngörülmediği halde, bu maddelerin de uygulanmasında bu koşulu aramak, borçlunun bilinçli olarak önceden mal kaçırmak amacı ile yaptığı tasarrufları iptâl kapsamı dışında bırakır. Borçlu önce yaptığı tasarruflarla malvarlığını kısmen ya da tamamen elden çıkarır, ondan sonra bu durumunu bilmeyen -ve bilmesi de mümkün olmayan kişilere borçlanır. Bugün, bir kişi ile hukuki ilişkide bulunacak olan kimsenin, onun malvarlığı hakkında önceden bilgi sahibi olması, ülkemizde hemen olanaksızdır. Böyle bir soruya, hangi banka ya da özelresmi kuruluş olumlu yanıt verir? Tapu sicil müdürlüklerinde hatta pek çok icra dairesinde isme (soyadına) göre tutulmuş bir fihrist dahi yoktur...

Bu nedenlerle, ancak İİK mad. 278'in kapsamına giren uyuşmazlıklarda, kanun açıkça öngördüğü için, «davacı-alacaklının alacağının iptâl konusu tasarruftan önce doğmuş olması» koşulunun aranması, fakat diğer -İİK. mad. 279 ve 280'in kapsamına giren- uyuşmazlıklarda ise, «davacı-alacaklının

¹³⁶ KOSTAKOĞLU, C. a.g.m. (Ad. D. 1989/6, s:20 vd. - Yasa D. 1989/8, s:1047 vd.) - KURU, B. age. C:4, s:3419, KURU, B. El Kitabı, s:1199 - MUŞUL, T. age. s:1175 - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E. age. s:74 - GÜNEREN, A. age. s:1069 - AKŞENER, H.S. Borcun Doğum Anı ve Tasarrufun İptâli Davaları Yönünden Önemi (Legal Huk. D. Aralık/2008, s:4007)

¹³⁷ UYAR, T. İcra ve İflas Hukukunda İptâl Davaları 2. Baskı, 1992, s:217

alacağının, iptâl konusu tasarruftan önce ya da sonra doğmuş olmasının önem taşımaması gerekir...

Kanımızca, birinci görüş «iptâl davalarının amacına» ve «kaynak İsviçre Kanununun düzenlenmesine» daha uygun düşmektedir. Bizim İcra ve İflas Kanunumuzun 278. maddesinin birinci fıkrası, İsviçre İcra ve İflas Kanununun 286. maddesinin birinci fıkrası'ndan hatalı tercüme edilmiş olması nedeniyle,¹³⁸ şeklen iki kanun arasında bir fark meydana gelmiştir. Bu nedenle, İcra ve İflas Kanunumuzun 278/I hükmünü, İsviçre İİK'nun 286/I hükmü gibi yorumlayıp uygulamak, iptâl davalarının kabul ediliş nedenine ve amacına daha uygun olacaktır. Sadece kanun maddelerinin yasama organındaki görüşülmesi sırasında ileri sürülen görüşler, daha sonra, zaman içerisinde kanun maddelerinin yorumunda "bağlayıcı" olamaz. Kuşkusuz, kanunun hazırlık çalışmalarında (gerekçe, tasarıların gelişimi, komisyon ve meclis görüşmeleri) kanunun ruhunun tesbitinde yardımcı olabilir (*Tarihi yorum*)...

Bir hüküm yorumlanırken, bu hükmün kanuna konulmasındaki amacın (ratio legis'in) araştırılması gerekir (*gai yorum=amaçsal yorum*).

Doktrinde¹³⁹ bu konuyla ilgili olarak; «*amaçsal yorum, yasanın günün koşullarına ve adalete uygun bir uygulamaya kavuşturulması için yapılır. Bu yorum yönteminde kuralı koyanın güttüğü değil (sübjektif), bizzat kuralın sahip olduğu (objektif) amaç araştırılır. Her yazılı metin gibi yasalar da zaman içinde bunu hazırlayıp yürürlüğe sokan mükelleflerinden ayrı-bağımsız (otonom) bir karakter kazanırlar. İnsanlar ömürlerini tamamladıklarında tarih sahnesinden çekilir, buna karşılık insanların yarattığı eser ve kurumlar işlevlerini yerine getirdikleri sürece baki kalır. Yasa konulurken geçerli olan toplumsal, politik ve ekonomik koşullar zaman içinde muhakkak değişeceği için, yasa yorumlanırken sadece yasa koyucunun güttüğü amaç ve hedefler esas alınmamalıdır... Yorum faaliyeti ile hukuk kuralı anlamlandırılır; kullanılan dil ve ifade nedeniyle kuralın açık olmayan anlamı açıklığa kavuşturulur; norm için düşünülebilen birden fazla anlamdan en uygun olanı ortaya konulur...*» denilmiştir.

Bir hükme verilmesi mümkün olan anlamların içinde, "zamanın koşulları ve gereksinimlerine en uygun olanı" tercih edilmelidir. Yorumla anlamı saptanan hükmün uygulanması, dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğurmamalıdır. Başka bir deyişle; yorumla anlamı tesbit edilen hükmün uygulanması, dürüstlük kuralı (MK. mad. 2) ile bağdaşmadığı, böyle bir hükmün uygulanmasını istemenin "hakkın kötüye kullanılması" sayıldığı hallerde, hakimın söz konusu hükmü uygulamamasını gerekir.^{140 141}

¹³⁸ Gerçekten, İsviçre İİK'nun 286/I hükmü «Mutad hediyeler dışında şu ivazsız tasarruflar ve bağışlar iptâl edilebilir, ki bunlar hacizden veya iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde yapılan tasarruflardır» şeklindedir.

¹³⁹ **FURTUN, İ.H.** Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma - Kanun Boşluğunu Doldurma Yetkileri, s:124

¹⁴⁰ **OĞUZMAN, M.K.** Medeni Hukuk Dersleri (Giriş-Kaynaklar, Temel Kavramlar), 1994, s: 48 vd.

«Kanunun yapıldığı andaki kanun koyucunun iradesinin araştırılmasına yönelik tarihi yorum yerine bugün - İsviçre'de olduğu gibi - hukukumuzda da benimsenmiş olan *objektif yorum* yönetiminde amaç «kanun koyucunun kanunu yaptığı andaki iradesinin ne olduğu değildir. Gerçi kanun, yapıldığı andaki kanun koyucunun bir eseri ve o andaki iradesinin bir ürünüdür. Bu yüzden de kanun koyucu kanunu yaparken o zamanki şartları ve toplumdaki ihtiyaçları gözönünde tutmuştur. Ne var ki, kanun, yapılmasından ve yürürlüğe konulmasından sonra kanun koyucunun iradesine bağlı olmaktan çıkmıştır; bağımsız bir varlık haline dönüşmüştür. Bu yöneme göre, bunun sonucu olarak, önemli olan kanun koyucunun başta ne istemiş olduğu değil; fakat hukukun genel kavramlarına göre tekniğin gelişimi ve şimdiki şartlar gözönünde tutularak ondan çıkarılabilecek anlamdır. Bu özelliği ile objektif yorum yöntemi, kanunu, yeni ihtiyaçların ve düşüncelerin etkisi altında kapsamı değişen adeta bir zarf gibi telakki etmektedir. O halde, yorum yapılırken, kanunun uygulanması anındaki toplum ihtiyaçlarına ve düzenlenmek isteten yarar veya çıkar uyumsuzluklarına en uygun gelecek bir biçimde kanun yorumlanmalıdır. Öyle ki kanun, hukuk düzeninin bütünü içinde, olabildiğince uyumlu bir biçimde yer alabilmelidir. Bunun için, zamanla değişen ihtiyaçlar nedeniyle toplumdaki adalet duygusunu sarsacak sonuçlar doğurma tehlikesine meydan verecek olan kanun yapıldığı andaki kanun koyucunun iradesini ve amacını aramak yerine; yorum anında toplumun içinde bulunduğu şartları ve ihtiyaçları karıştıran kanun koyucunun bugünkü iradesinin ve amacının ne olduğunu saptamak gerekir.

Objektif yorum yönteminde kanunun hazırlık çalışmalarına verilen değer, *tarihi yorum* yönteminde olduğundan daha değişiktir. Gerçekten *objektif yorum* yöntemine göre yapılacak yorumda, hazırlık malzemeleri, kanunun anlamının saptanmasında değil; fakat kanunun yapıldığı anda gözönünde tutulan ve birbiriyle çelişen yarar veya çıkar uyumsuzluklarının saptanmasında yol göstericidir...»¹⁴²

İptâl davalarına ilişkin kararları temyizen incelediği dönemde **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi**¹⁴³ birinci görüşe yollamada bulunarak, «iptâl davası açılabilmesi için, alacağın iptâle tâbi tasarruftan önce veya sonra doğmuş olmasının önemli olmadığını» -mutlak olarak- belirtmişken, iptâl kararlarını temyizen inceleyen **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi**¹⁴⁴ (ile **Yargıtay Genel**

¹⁴¹ Çeşitli "yorum ilke ve metodları" hakkında ayrıntılı bilgi için bknz: **ATAAY, A.** Medeni Hukukun Genel Teorisi, 1980, s: 214 - **TEKİNAY, S.S.** Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 1978, s.: 54 - **ÖZSUNAY, E.** Medeni Hukuka Giriş, 1986, s: 192 - **İMRE, Z.** Medeni Hukuka Giriş, 1980, s: 162 - **AKİPEK, J.** Türk Medeni Hukuku, (Başlangıç Hükümleri) 1973, s: 114 - **UMAR, B.** Hukuk Başlangıcı, 1977, s: 131 vd. - **DÖNMEZER, S./ERMAN, S.** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), C: I, 1994, s: 190 vd. - **EDİS, S.** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 1979, s: 190 vd.

¹⁴² **EDİS, S.** age. s: 191 vd.

¹⁴³ Bknz: 13. HD. 25.6.1979 T. 3011/3730

¹⁴⁴ Bknz: 15. HD. 17.7.2007 T. 3604/4931; 10.3.2005 T. 6645/1365; 10.3.2005 T. 6646/1364; 14.12.2004 T. 5965/6501; 23.9.2004 T. 3966/4595; 23.6.2004 T. 367/3525; 24.2.2004 T. 306/960 vb.

Kurulu¹⁴⁵⁾ öteden beri ve bugün bu kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi**¹⁴⁶ ile **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi**¹⁴⁷ «iptâl davası açılabilmesi için, davacı-alacaklının alacağının, iptâle konu tasarruftan önce doğmuş olması gerektiğini» ısrarla belirtmektedir...

Borç, taraflar (davacı-alacaklı ile davalı-borçlu) arasında, bir taşınır/taşınmaz satışından, kredi sözleşmesinden, senetten vs. doğmuşsa, borcun doğum tarihi sırasıyla; satışın yapıldığı, kredi sözleşmesinin düzenlendiği, senedin düzenlendiği tarih sayılır. Ancak, son durumda yani; alacaklının bir senede (adi ya da kambiyo senedine) dayanarak takipte bulunmuş olması halinde, kural olarak, «alacağın, senedin düzenlendiği tarihte doğduğu» kabul edilir. Ancak, alacaklı «senedin daha sonra düzenlendiğini, alacağın doğduğu asıl temel ilişkinin daha önce olduğunu» iddia edebilir. Bu durumda, alacaklı bu iddiasını kanıtlarsa, «senedin düzenlendiği tarih» değil «taraflar arasında temel ilişkinin oluştuğu tarih» borcun doğum tarihi sayılır...¹⁴⁸

Bu vesile ile, burada şu ilginç duruma da değinelim: Davacı-alacaklının alacağının doğum tarihi ile dava konusu tasarrufun tarihi aynı ise yani, borçlu «borçlandığı tarihte tasarrufta bulunmuşsa», bu tasarruf hakkında iptâl davası açılabilir mi? **Kanımızca**, bu durumda da «borcun, dava konusu tasarruftan önce doğduğu» kabul edilerek, bu tasarruf hakkında da iptâl davası açılabilir...

Yüksek mahkeme «borcun doğum tarihi» ile ilgili olarak;

- «Tasarrufun iptali davalarında ‘borcun, tasarruf tarihinden önce oluştuğunun (doğduğunun) davacı-alacaklı tarafından kanıtlanması gerekeceğini»¹⁴⁹

- «Davacı tarafından, ‘takip konusu bonolara bağlı borcun, davalı borçlu ile arasındaki, bonoların tanzim tarihinden önceki hukuki/ticari ilişkiden doğmuş olduğu’nun ileri sürülmesi halinde, mahkemece davacıya bu konudaki kanıtlarının sorulup araştırılmadan, bu iddiasını isbat imkanı davacıya verilmeden davanın sonuçlandırılmayacağını»¹⁵⁰

- «İİK’in 277 vd. göre açılan tasarrufun iptâli davalarının dinlenebilmesi için ‘alacağın sebebi olan hukuki ilişkinin, tasarrufun yapıldığı tarihten öncesine rastlaması’ gerektiğinden ve çek bir ödeme vasıtası olduğundan, çeklerin, çekdeki alacağın mutlaka keşide tarihinde doğduğunu göstermeyeceğini, uygulamada çeklerin ‘ileri tarihli’ olarak düzenledikleri sıkça görüldüğünden, ‘icra takibine koyduğu alacağın, çekte yazılı tarihten önce doğduğunu’ iddia eden davacı-alacaklıya mahkemece süre verilerek, bu konudaki delilleri ibraz

¹⁴⁵ Bknz: HGK. 18.2.2004 T. 15-18/82

¹⁴⁶ Bknz: 17. HD. 1.7.2010 T. 2225/6230; 28.6.2010 T. 5748/6015; 15.6.2010 T. 4384/5517; 25.1.2010 T. 9373/357 vd.

¹⁴⁷ Bknz: 4. HD. 3.5.2010 T. 9111/5243

¹⁴⁸ Bu konuda ayrıca bknz: **AKŞENER, H.S.** agm. s:4007 vd.

¹⁴⁹ Bknz: 17. HD. 8.6.2010 T. 2404/5290

¹⁵⁰ Bknz. 17. HD. 25.2.2010 T. 10668/1657; 9.2.2010 T. 8856/961; 17.12.2009 T. 6861/8515 vb.

ettirilip, tasarrufun borcun doğumundan önce yapıldığının anlaşılması halinde, davanın reddedilmesi, aksi takdirde ise davanın kabul edilmesi gerekeceğini»¹⁵¹

- «Davacı-bankanın takip konusu yaptığı kredi alacağının, borçlu ile yapılan (ilk) kredi sözleşmesinin yapıldığı tarihte doğmuş sayılacağını»¹⁵²

- «Takip konusu alacağın kaynağı olan vekalet ücretinin yer aldığı mahkeme ilamının tarihinin, tasarruf tarihinden sonra olması halinde, davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini»¹⁵³

- «Borcun doğum tarihinin -davacı tarafça- her türlü delille kanıtlanabileceğini, davacının tüm delilleri toplandıktan, gösterdiği tanıklar dinlendikten sonra, mahkemece davacıya yemin teklifi hakkının kullanırılması gerekeceğini»¹⁵⁴

- «İptali istenen tasarrufun, borcun doğumundan sonra yapılmış olup olmadığının saptanması için, temel ilişkinin takip konusu çeklerin keşide tarihlerinden önce kurulmuş olup olmadığının -gerektiğinde; ticari defterler üzerinde de bilirkişi incelemesi yaptırılarak- araştırılması gerekeceğini»¹⁵⁵

- «Faktoring sözleşmesinden kaynaklanan borcun faktoring sözleşmesinin imzalandığı tarihte doğmuş sayılacağını»¹⁵⁶

- «‘Haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası sonucunda verilen kararın kesinleştiği tarihte’ değil ‘haksız fiilin işlendiği tarihte’ takip konusu borcun doğmuş sayılacağını»¹⁵⁷

- «‘Tapu kaydına şerh verilmeyen satış vaadi sözleşmesinin yapıldığı tarih’in, tasarruf tarihi olarak kabul edilemeyeceğini (‘tapudaki satış tarihi’nin, tasarruf tarihi’ olarak kabulü gerekeceğini»¹⁵⁸

- «Davacı-alacaklının ‘alacağının çeklerin keşide tarihinden önce doğduğunu’ tanık dinleterek kanıtlayabileceğini»¹⁵⁹

- «Mahkeme ilamlarına dayalı alacak davalarında ‘alacağın doğum tarihi’nin, ‘alacak veya tazminat davasının açıldığı tarih’ olduğunu»¹⁶⁰

- «Takip konusu borcun, davacı banka ile borçlu arasındaki kredi kartı üyelik sözleşmesinin imzalandığı tarihte doğmuş sayılacağını; edimler arasında fahiş farkın bulunduğu hallerde, davalı üçüncü kişinin iyiniyet iddiasının dinlenmeyeceğini»¹⁶¹

¹⁵¹ Bknz: 17. HD. 16.2.2010 T. 10122/1205; 2.2.2010 T. 8720/701; 12.11.2009 T. 3251/7487 vb.

¹⁵² Bknz: 17. HD. 9.2.2010 T. 8716/957; 19.1.2010 T. 6359/94; 10.12.2009 T. 6610/8208 vb.

¹⁵³ Bknz: 17. HD. 28.12.2009 T. 5759/8976

¹⁵⁴ Bknz: 17. HD. 12.11.2009 T. 5996/7494

¹⁵⁵ Bknz: 17. HD. 14.9.2009 T. 5267/5321

¹⁵⁶ Bknz: 17. HD. 18.5.2009 T. 4080/3304

¹⁵⁷ Bknz: 17. HD. 7.5.2009 T. 2710/2908

¹⁵⁸ Bknz: 17. HD. 22.4.2009 T. 307/2610

¹⁵⁹ Bknz: 17. HD. 19.2.2009 T. 139/807

¹⁶⁰ Bknz: 17. HD. 5.2.2009 T. 3857/415

¹⁶¹ Bknz: 17. HD. 26.1.2009 T. 214/174

- «Tazminat davasından kaynaklanan alacağın, davanın açıldığı tarihte doğmuş olduğu kabul edilerek, bu tarih ile tasarruf tarihinin karşılaştırılması gerekeceğini»¹⁶²

- «Bankaya borçlu olanlar açısından borç 'kredi sözleşmesinin düzenlendiği anda' doğmuş olduğundan, 'borcun hesabın kat edildiği tarihte doğduğu' gerekçesiyle, açılan tasarrufun iptali davasının reddine karar verilemeyeceğini»¹⁶³

- «Davacı-alacaklının alacağının doğum tarihinin 'alacak davasını açtığı tarih' olarak kabul edilmesi gerekeceğini»¹⁶⁴

- «İptâl istenen tasarrufun tarihinin, borcun doğum tarihi olan ortak murisin ölüm tarihinden önce olması halinde, açılan iptâl davasının 'ön şart yokluğundan reddine' karar verilmesi gerekeceğini»¹⁶⁵

- «Davacı-işçinin 'kıdem tazminatı', 'ihbar tazminatı' ve 'sosyal hakları'nın, işveren tarafından işine son verildiği tarihte doğmuş sayılacağını (yoksa; bu alacakların mahkemece karara bağlandığı tarihte doğmuş sayılmayacağını)»¹⁶⁶

- «Tasarrufun iptâli davasının dinlenebilmesi için, takip dayanağı emre muharrer senetlere esas (neden) olan borç ilişkisinin, 'tasarruftan önce var olduğu'nun, alacaklı tarafından kanıtlanması gerekeceğini»¹⁶⁷

- «Kural olarak bonoya bağlı alacağın, bononun düzenlendiği tarihte doğmuş olacağını»¹⁶⁸

- «Davacı-alacaklının çekden kaynaklanan alacağının, çekin üzerinde yazılı olan 'keşide tarihi'nde değil, çekin bu tarihten önce bankaya/takas odasına ibraz edildiği tarihte doğmuş sayılacağını»¹⁶⁹

- «Borçlu tarafından -dava konusu taşınmazın- kızına, önce 'çıplak mülkiyeti'nin sonra da 'intifa hakkı'nın devredilmiş olması ve borçlanma işleminin çıplak mülkiyetin devrinden sonra yapılmış olması halinde, sadece intifa hakkının devrine ilişkin tasarrufun iptâline karar verilmesi gerekeceğini»¹⁷⁰

- «İİK'in 277 vd.na göre açılan tasarrufun iptâli davalarında 'iptâl kararı' verilmesi için, borcun doğum tarihinin, iptâle konu tasarruftan önce olması gerektiğinden, takip konusu senedin (bononun) borcun doğduğu anda düzenlenmiş olması halinde, 'borcun doğduğu tarihin senedin düzenlenmesi tarihi' olarak kabulü gerekeceğini, fakat davacı alacaklarının 'temel borç ilişkisinin (borcun gerçek doğum tarihinin) senedin düzenlenme tarihinden önce

¹⁶² Bknz: 17. HD. 20.1.2009 T. 2849/87

¹⁶³ Bknz: 17. HD. 19.1.2009 T. 3224/10

¹⁶⁴ Bknz: 17. HD. 23.12.2008 T. 2341/5720

¹⁶⁵ Bknz: 17. HD. 31.10.2008 T. 4018/5011

¹⁶⁶ Bknz: 17. HD. 10.7.2008 T. 2790/3912; 15. HD. 21.10.1993 T. 2949/4135

¹⁶⁷ Bknz: 17. HD. 16.6.2008 T. 1811/3266; 19.7.2007 T. 3875/2555; 26.6.2007 T. 1080/2216

¹⁶⁸ Bknz: 17. HD. 8.5.2008 T. 371/2420; 10.3.2008 T. 4366/1138

¹⁶⁹ Bknz: 17. HD. 6.5.2008 T. 865/2397; 24.5.2007 T. 1737/1785; 15. HD. 14.1.2002 T. 5714/30

¹⁷⁰ Bknz: 17. HD. 1.5.2008 T. 215/2287

olduğunu' ileri sürmesi halinde, bu hususu kanıtlaması için imkan tanınması ve ulaşılabilecek sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini»¹⁷¹

- «Takip konusu borcun, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminata ilişkin olması halinde borcun 'takip tarihi'nde ya da 'aciz vesikasının düzenlendiği tarih'de değil, 'haksız fiilin meydana geldiği tarih'te doğmuş sayılacağını»¹⁷²

- «Daha önce 'borcun tasarruftan önceki hukuki ilişkiden doğduğunu' ileri sürebilme imkanı kendisine verilmemiş olan davacının, bu durumu ilk kez temyiz dilekçesinde ileri sürmüş olması halinde, mahkemece verilmiş olan 'davanın reddine' ilişkin kararın bozularak ' tarafların, senedin tanzim tarihinden, önceki tarihlerde herhangi bir hukuki ilişkiye girip girmedikleri'nin araştırılması gerekeceğini»¹⁷³

- «Davacının alacağının daha önce doğup, senedin sonradan düzenlendiği' yolunda ne dava dilekçesinde ve ne de yargılama sırasında herhangi bir açıklama (iddia) bulunmaması halinde, mahkemece 'borcun doğum tarihinin tasarruf tarihinden sonra olması' nedeniyle 'davanın reddine' karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığını»¹⁷⁴

- «Muvazaa iddiasına dayalı tasarrufun iptali istemiyle açılmış olan davalarda, davacının zararının (dolayısı ile alacak hakkının) 'desteğin ölüm gününde' doğmuş sayılacağını»¹⁷⁵

- «Tapu kaydına şerh verilmeyen satış vaadi sözleşmesinin yapıldığı tarih'in 'tasarruf tarihi' olarak kabul edilemeyeceğini» (Mahkemece, bu satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak verilecek teşkil kararının kesinleştiği tarihin 'tasarrufun tarihi' sayılacağını)»¹⁷⁶

- «Bir vakfın teşçiliyle birlikte, vakfedilen malların mülkiyeti vakfa geçeceğinden, tasarrufun iptâline konu olan taşınmaz, borcun doğumundan (kredi sözleşmesinin imzalanmasından) sonra davalı vakfa geçirildiğinden, mahkemece 'vakfa yapılan devir işleminin iptâline' karar verilmesi gerekeceğini»¹⁷⁷

- «Çeklerin bankaya ibraz tarihinden önce yapılan tasarrufların -çeklerin düzenlenmesine neden olan temel ilişkinin daha önce olduğu alacaklı tarafından kanıtlanmış olmadıkça- iptâlinin istenemeyeceğini»¹⁷⁸

- «Boşanma davasının açılmasından önce yapılan tasarruf hakkında, boşanma davasından doğan alacak için iptâl davası açılmayacağını»¹⁷⁹

¹⁷¹ Bknz: 17. HD. 21.2.2008 T. 5184/770; HGK. 18.2.2004 T. 15-18/82; 15. HD. 29.1.2003 T. 6349/449; 16.5.2002 T. 2052/2586 vb.

¹⁷² Bknz: 17. HD. 30.10.2007 T. 4395/3299

¹⁷³ Bknz: 17. HD. 25.9.2007 T. 3195/2774

¹⁷⁴ Bknz: 17. HD. 12.7.2007 T. 3031/2475

¹⁷⁵ Bknz: HGK. 4.7.2007 T. 4-450/449

¹⁷⁶ Bknz: 17. HD. 6.12.2005 T. 522/6606

¹⁷⁷ Bknz: HGK. 16.3.2005 T. 15-37/139

¹⁷⁸ Bknz: 15. HD. 23.10.2004 T. 3310/5282

¹⁷⁹ Bknz: 15. HD. 18.10.2004 T. 2479/5191

- «Borcun doğum tarihinin, tasarruf tarihinden önce olduğu'nun kanıtlanamaması halinde mahkemece, tasarrufun iptali davasının 'dinlenme koşullarının yokluğu' nedeniyle reddedilmesi gerekeceğini»¹⁸⁰

- «Davacı-alacaklının talep ettiği alacağın, davacının açtığı ilk boşanma davasının açıldığı tarihte doğmuş sayılacağını»¹⁸¹

- «Dava konusu tasarrufun, takip dayanağı faturalardan kaynaklanan alacak için başlatılmış icra takibinden önce yapılmış olması halinde, mahkemece taraflar arasındaki ilişkinin faturaların düzenlenmesinden evvel var olup olmadığı üzerinde durularak, borcun tasarruftan önce doğup doğmadığının özellikle tacir olan tarafların ticari defterleri incelenerek açıklığa kavuşturulması gerekeceğini»¹⁸²

- «Bonoda 'tanzim tarihi'nin, gerçek 'tanzim tarihi' olması zorunlu olmayıp 'tedavüle çıkarılma tarihi'nin de 'tanzim tarihi' olarak bonoya yazılması mümkün ise de, bononun üzerindeki damga pulunun 2000 yılında tedavüle çıkmış olması halinde, bono üzerinde yazılı olan 1997 tarihinin, alacağın doğum tarihi olarak kabul edilemeyeceğini»¹⁸³

- «İcra dosyasındaki alacağın, davacı-alacaklının alacağının doğum tarihinden önce başka bir (üçüncü) kişiye temlik edilmiş olması halinde, temlik işleminin iptaline karar verilemeyeceğini»¹⁸⁴

- «Mahkemece, 'taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin düzenlendiği tarihin, borcun doğumundan önce olduğu' kabul edilerek, tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmiş ise de, tapuda taşınmazın devir işlemi, borcun doğumundan sonra olduğundan ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapuya alıcı adına şerh verilmesi halinde, sözleşmeden doğan hak güçlendirilerek daha sonraki hak sahiplerine karşı ileri sürülebilecek duruma geleceğinden, mahkemece satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edildiği tarihin araştırılarak, bu tarihin borcun doğumundan önce olması halinde davanın reddine, sonra ise davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini»¹⁸⁵

- «İcra takip tarihinin, «borcun doğum tarihi» olarak kabul edilemeyeceğini»¹⁸⁶

- «Alacaklının 'malen' kaydını taşıyan bonoya dayanarak iptal davası açmış olması ve 'tasarruf' ile 'borcun doğum tarihi'nin birbirine yakın olması halinde, mahkemece borcun gerçek doğum tarihinin araştırılması gerekeceğini»¹⁸⁷

- «Borçlu tarafından karısına yapılan satış işleminin, daha sonra boşanmış olsalar bile -boşanma; borcun doğumundan sonra gerçekleştiği için- iptaline

¹⁸⁰ Bknz: 15. HD. 13.10.2004 T. 2178/5077

¹⁸¹ Bknz: 15. HD. 22.1.2004 T. 6492/34

¹⁸² Bknz: 15. HD. 14.10.2003 T. 4002/4750

¹⁸³ Bknz: 15. HD. 10.6.2003 T. 587/3094

¹⁸⁴ Bknz: 15. HD. 23.9.2002 T. 2908/4069

¹⁸⁵ Bknz: 15. HD. 8.1.2001 T. 5713/9

¹⁸⁶ Bknz: 15. HD. 4.7.2000 T. 3016/3499; 19.2.1997 T. 6021/883

¹⁸⁷ Bknz: 15. HD. 18.4.2000 T. 1539/1882; 3.4.1996 T. 1763/1890

karar verilmesi gerekeceğini»¹⁸⁸

- «Senedin düzenlenmesine esas olan temel borç ilişkisi hangi tarihte doğmuş ise, borcun o tarihte doğmuş sayılacağını (bu durumda, senedin düzenlenme tarihinin, ‘borcun doğum tarihi’ sayılamayacağını)»¹⁸⁹

- «Elindeki ‘bonoya’ dayanarak ‘alacaklı sıfatıyla’ iptâl davası açan alacaklının alacağının -kural olarak- bononun düzenlenme tarihinde doğmuş sayılacağını»¹⁹⁰

- «İİK. 278 gereğince ancak alacağın doğumundan sonra yapılan tasarrufların iptâl edilebileceğini»¹⁹¹

- «Davacı-alacaklının, davalı-borçlu hakkında açtığı ‘itirazın iptâli davası’nın, iptâl davasına konu olan tasarrufun yapıldığı tarihten sonra kesinleşmesinin ‘davacının alacağının tasarruftan sonra doğduğu’ sonucunu doğurmayacağını»¹⁹²

- «Harç vermek suretiyle müdahil olan kişinin alacağının, tasarruftan sonra doğduğunun anlaşılması halinde, ‘müdahil yönünden de, davanın reddine’ karar verilmesi gerekeceğini»¹⁹³

belirtmiştir.

X- İptâl davası açma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan değildir. Bu hak, miras, devir (temlik)¹⁹⁴ ya da yasal halefiyet yolu ile sonradan aciz belgesine sahip olan kimseye de geçer.¹⁹⁵

b) İflas yolu ile takiplerde «davacı»:

İptâl davası, iflas idaresi tarafından -aciz belgesi sunulmadan- açılır (İİK. mad. 187, 226, 277/2).¹⁹⁶

Ancak, iflas idaresi, bu davayı açmak istemezse, iptâl davası, kendisine -İİK. mad. 245 uyarınca- «dava hakkı devir olunan alacaklı» tarafından açılır.¹⁹⁷

Haciz sahibi alacaklı tarafından açılmış olan iptâl davası devam ederken -yargılama sırasında- borçlunun iflas ettiğinin anlaşılması halinde, davaya iflas idaresince devam edilir (İİK. mad. 187, 194).¹⁹⁸

İflas kapandıktan sonra ise, iptâl davasını açma hakkı, iflâs idaresine aittir (İİK. mad. 255). Elinde «aciz belgesi» bulunan -yani iflâs açığı belgesi’ne

¹⁸⁸ Bknz: 15. HD. 20.5.1997 T. 2374/2631

¹⁸⁹ Bknz: 15. HD. 15.4.1997 T. 1170/2110

¹⁹⁰ Bknz: 15. HD. 15.10.1996 T. 5526/5278; 23.1.1992 T. 6156/148; 19.9.1991 T. 3334/4236

¹⁹¹ Bknz: 15. HD. 24.1.1996 T. 7253/326; 31.5.1994 T. 1744/3418; 12.5.1994 T. 495/3097

¹⁹² Bknz: 15. HD. 8.7.1992 T. 2515/725

¹⁹³ Bknz: 15. HD. 11.3.1992 T. 5349/1202

¹⁹⁴ Bknz: 17. HD. 18.6.2009 T. 4709/4384

¹⁹⁵ ATF III 172; jdT 1930 II 67 (Naklen; **BRAND, E.** «Çev. ARAS, F.A.»)

¹⁹⁶ Bknz: 15. HD. 17.5.2000 T. 2092/2426; 16.12.1993 T. 4391/5388; 13. HD. 3.4.1978 T. 645/1474

¹⁹⁷ Bknz: 17. HD. 8.6.2010 T. 2341/5297; 3.6.2010 T. 3693/5106; 11.11.2008 T. 2109/5231; 15. HD. 26.2.2007 T. 242/1157; 30.4.2001 T. 142/2269; 22.1.2001 T. 3536/358

¹⁹⁸ Bknz: 15. HD. 22.1.2001 T. 3536/358

dayanan- alacaklı sadece bu aciz belgesine dayanarak -haciz yolu ile takipten farklı olarak- iptâl davası açamaz. Bunun için, alacaklıya bu dava hakkının İİK. mad. 255/III, 245 uyarınca devredilmiş olması gerekir.

Buna karşın, bir iflâs alacaklısı, başkasının sıra cetveline kabul edilen alacağına, bu alacağı doğuran tasarrufun İİK. mad. 278-280'e göre «iptâl tâbi olduğu» gerekçesiyle itiraz etmek istiyorsa (İİK. mad. 235/II), bu halde, İİK. mad. 245'e göre kendisine yetki verilmemiş olsa bile, alacaklı «sıra cetveline itiraz davası» adı altında, ayrıca iptâl davası açabilir.¹⁹⁹

«Terekenin iflâs hükümlerine göre tasfiyesinde kimin tasarrufun iptâli davası açabileceği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. **Doktrinde** bu durumda «tasarrufun iptâli davası açma hakkının iflâs idaresi görevini yapan tasfiye memuruna ait olduğu» ifade edilmiştir...²⁰⁰

c) 6183 sayılı Kanuna göre açılan tasarrufun iptâli davalarında «davacı»:

6183 Sayılı Kanun uyarınca, kamu alacağından dolayı, kimlerin «iptâl davası» açabileceği adı geçen kanunda -İİK. mad. 277'e benzer bir şekilde- gösterilmediği halde, kime karşı bu davaların açılabilmesi, kanunun 25. maddesinde²⁰¹ -İİK. mad. 282'ye paralel şekilde- düzenlenmiştir.

6183 sayılı Kanunda, kamu alacağından dolayı iptâl davasını kimlerin açabileceği açıkça düzenlenmemişse de, gerek **doktrinde**²⁰² ve gerekse **Yargıtay içtihatlarında**, bu davaların, «vergi, resim, harç, ceza koğuşturmalarına ait yargılama giderleri, vergi cezası, para cezası ile bunların gecikme zammı ve faiz gibi eklentileri ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinden doğan alacaklar ile bunların takip masrafları» (6183 sayılı K. mad. 1) olarak nitelenen kamu alacaklarını, borçlularından tahsil edememiş olan;

aa) Devlet,

bb) İl özel idareleri,

cc) Belediyeler,

dd) Çeşitli yasalarda nitelikleri belirtilen alacakların tahsili için kendisine takip yetkisi tanınan kurum ve kuruluşlar,

tarafından açılır...²⁰³

¹⁹⁹ **KURU, B.** a.g.e. C:4, s:3521 - **KURU, B.** El Kitabı, s:1215

²⁰⁰ **DEYNEKLİ, A.** Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Tasfiyesinde Tasarrufun İptâli Davasını Kim Açabilir? (Prof. Dr. Bilge Öztan Armağanı, 2008, s:302)

²⁰¹ **MADDE: 25** - «İptâl, borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendisine ödeme yapılan kimselerle, bunların mirasçılarına ve suiniyet sahibi diğer üçüncü şahıslara karşı istenir.»

²⁰² **KOSTAKOĞLU, C.** 6183 sayılı Kanuna göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptâl Davası (Yarg. D. 1991/1-2, s:10 vd.; Yasa D. 1990/9, s:1233 vd.) - **ŞİMŞEK, E.** Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Kanun Şerhi, 1990, s:196

²⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz: **ASKAN, F.** 6183 sayılı A.A.T.U.H.K. Uyarınca Kamu İcra Hukukunda Tasarruf İptâl Davaları, 2007, s:97 vd. - **TOKTAŞ, M.** Kamu Alacağının Korunmasında

Uygulamada, Vergi Dairesi Müdürlüğü, Maliye ve Gümrük Bakanlığı, Maliye ve Gümrük Bakanlığı adına Vergi Dairesi Müdürlüğü, Vergi Dairesi Müdürlüğüne izafetle Maliye Hazine, Maliye Hazinesini temsilen Mal Müdürlüğü vb. tarafından iptâl davalarının açıldığı görülmektedir...

Belirtilen ve kısaca «kamu idareleri» diye isimlendirebileceğimiz kurum ve kuruluşların iptâl davası açabilmeleri için;

1- Borçlu hakkında doğmuş olan kamu alacağının davadan önce veya dava sırasında kesinleşmiş²⁰⁴ ve ödeme tarihi geçmiş (muaccel olmuş) bulunmalıdır.

Kamu alacağı, borçlusuna tebliğ edilip onun tarafından süresinde itiraz olunmaması veya yaptığı itirazın vergi mahkemesince reddedilmesi ile kesinleşir.

Yüksek mahkeme²⁰⁵ «kamu alacağının en geç yargılama sırasında ve hükümden önce kesinleşmiş olmasını» açılmış olan tasarrufun iptâli davasının görülmesi için yeterli saymıştır. Başka bir deyişle, «kamu alacağının dava açılmadan önce kesinleşmiş olması» gerekmemekte ve açılmış olan tasarrufun iptâli davasının reddine neden olmamaktadır...

Ayrıca önemi nedeniyle belirtelim ki, *ihtiyaten tahakkuk ettirilen ve hakkında ihtiyati haciz kararı verilip uygulanan kamu alacakları için - kesinleşip, ödeme günü gelmemiş olduğu için- iptâl davası açılmaz.*²⁰⁶

2- Kesinleşen kamu alacağı için, icra takibi yapılmış olmalı ve icra takibi de -süresinde itiraz edilmemesi yahut itirazın kaldırılması suretiyle- kesinleşmiş olmalıdır.

3- Borçlu; a) Süresi içinde veya hapsen tazyikine rağmen «mal beyanında» bulunmamış olmalıdır veya b) «Malı bulunmadığını» bildirmiş olmalıdır yahut c) «Beyan ettiği malların borcunu ödemeye yetmeyeceği» anlaşılmış olmalıdır (mad. 27; 29).

Belirtilen bu durumlar, «borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu» **karine** sayılmıştır.

Bu konu ile ilgili olarak uygulamada önem taşıyan şu hususa da değinelim; kamu idaresinin, iptâl davası açabilmesi için -İİK.'na göre açılan iptâl davalarında olduğu gibi- **aciz belgesi** alıp, bunu mahkemeye sunması zorunlu mudur? Bu konunun doktrinde, tartışmalı olduğunu görüyoruz. Gerçekten, **bir görüşe göre,**²⁰⁷ Devlete (kamu idarelerine), özel kişilerden

Tasarrufun İptâli Davaları, 2009, s:126 vd.

²⁰⁴ Bknz: 17. HD. 28.12.2009 T. 8452/9007; 12.10.2009 T. 4029/6211; 12.10.2009 T. 4216/6215 - 17. HD. 7.4.2009 T. 5331/2168 - 17. HD. 5.3.2009 T. 217/1116 - 17. HD. 8.10.2007 T. 3122/2999; 25.9.2007 T. 3274/2799; 25.9.2007 T. 3237/2798 vb. - 15. HD. 16.1.1995 T. 6377/76 - 15. HD. 9.11.1994 T. 5324/6642

²⁰⁵ Bknz: 17. HD. 7.4.2009 T. 5331/2168 - 17. HD. 5.3.2009 T. 217/1116 vb.

²⁰⁶ **KOSTAKOĞLU, C.** a.g.m. (Yarg. D.1991/1-12, s:12; Yasa D. 1990/9, s:1235) - **ŞİMŞEK, E.** a.g.e. s: 189 - **GERÇEK, A.** Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 2010, s:167 - **ÜNLÜ, C.** Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 1995, s:256 - **ASKAN, F.** age. s:87

²⁰⁷ **ŞİMŞEK, E.** a.g.e. s: 191 vd.

farklı bir ayrıcalık tanınmaz. 6183 sayılı 24 ve onu izleyen maddelerine göre iptâl davası açılabilmesi için, tahsil dairesinin tüm yasa yollarını uygulamasına rağmen, alacağını alamadığını öncelikle kanıtlaması zorunlu ve gerekli sayılmalıdır. İdare, borçlunun bu durumunu «aciz fişi» ile (6183 s. K. mad. 75) veya borçlunun haczi mümkün başka malı olmadığını belirten «haciz tutanağı» ile kanıtlayabilir. Ancak, 6183 sayılı Kanunun 27 ve 29/I. maddesindeki durumlar, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu karene sayıldığından, bu durumda alacaklı kamu idaresinin ayrıca *aciz belgesi* sunmasına gerek kalmaz... Katıldığımız **diğer bir görüşe göre**²⁰⁸ ise, iptâl davasının görülebilmesi için, alacaklı kamu idaresinin ayrıca kesin ya da geçici aciz belgesi alıp, bunu mahkemeye sunmasına gerek yoktur. Yakın zamana -Şubat/2007- kadar tasarrufun iptâli davaları hakkında mahkemelerce verilen kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi**²⁰⁹ ve bugün aynı kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi**²¹⁰ içtihatlarında, ikinci görüşü benimseyerek «*kamu alacağından dolayı idarenin borçlu hakkında aciz belgesi almadan iptâl davası açabileceğini*» belirtmiştir...

Tasarrufun iptali davasında «*tasarruf tarihi itibariyle*» doğmuş olan vergi borcunun miktarı (borç aslı+fer'ileri) saptanır...²¹¹

Alacaklı kamu idaresinin, iptâl davası açabilmesi için, *kamu alacağının, iptâl konusu tasarruftan önce doğmuş olması* zorunlu mudur? Ya da başka bir deyişle, alacaklı kamu idaresi, borçlunun iptâl (dava) konusu tasarrufundan sonra doğan alacağı için, borçlunun daha önce yaptığı tasarrufların iptâlini isteyebilir mi? **Bir görüşe göre**²¹², davacı kamu idaresinin alacağı, borçlunun iptâl (dava) konusu tasarrufundan önce doğmuş olmalıdır. Eğer, tasarrufun yapıldığı tarihte, vergiyi doğuran olay henüz ortaya çıkmamışsa, süre ne olursa olsun, işlemin iptâli dava edilemez. Çünkü, üçüncü kişi, borçlunun malvarlığını görerek ve vergiyle (kamu borcuyla) bir ilgisi olmadığını düşünerek, onunla işlemde bulunmuştur. Özel hukukta da durum aynıdır. Aksi halde, kişiler arasındaki güvensizlik, hukuksal ilişkilerde de duraksamalar yaratılır... Buna karşın, katıldığımız **diğer bir görüşe göre**²¹³, Hükümet Gerekçesinde de ifade edildiği gibi, ileride doğacak kamu borçlarını ödeyemeyecek derecede malvarlığını önceden azaltan kişinin, yaptığı bu tasarrufların kamu idaresine karşı geçersiz sayılması, kamu yararı yönünden gerekli görülmüştür. Kanun tasarının TBMM'de görüşülmesi sırasında bu konu tartışılmış ve «*kamu alacağına doğuran olayın doğumundan önce yapılan tasarrufların maddenin kapsamı dışında bırakılmasına ilişkin teklif (öneri)*

²⁰⁸ KOSTAKOĞLU, C. a.g.m. (Yarg. D.1991/1-2, s:10; Yasa D.1990/9, s:1233)-ÖZMEN, İ. 6183 sayılı Kanundan Kaynaklanan Tasarrufun İptali Davaları (Tür. Not. Bir. Huk. D. Mayıs/2009, s: 144, s: 53 vd.) - GERÇEK, A. age. s:168 - ASKAN, F. age. s:90

²⁰⁹ Bknz: 15. HD. 24.6.2003 T. 1643/3472; 8.12.1997 T. 4752/5269

²¹⁰ Bknz: 17. HD. 14.9.2009 T. 6724/5326; 25.12.2008 T. 3555/5754; 6.5.2008 T. 864/2398; 7.2.2008 T. 5281/458

²¹¹ Bknz: 17. HD. 17.6.2010 T. 2805/5638; 24.2.2009 T. 4557/871

²¹² ŞİMŞEK, E. a.g.e. s:190

²¹³ KOSTAKOĞLU, C. a.g.m. (Yarg. D.1991/1-2), s:14, Yasa D.1990/9, s:1237)

reddedilmiş ve kanun bugünkü şekliyle kabul edilmiştir. Bütün bu nedenlerle, 6183 sayılı Kanuna göre yapılan icra takiplerine dayalı iptâl davalarında, «*alacağın tasarrufun yapıldığı tarihten önce veya sonra doğması*» önem taşımaz.

Yüksek mahkeme²¹⁴ de, bu konudaki içtihatlarında birinci görüşe katılmıştır...

Kamu alacağından dolayı *iflasın açılmasından sonra* -borçlunun, iflastan önceki dönemde alacaklılarından mal kaçırmak amacı ile yaptığı bağışlama ve hileli tasarrufların iptâli için- iptâl davası, «*iflas idaresi*» veya -onun masa adına dava açılmasında yarar görmediği durumlarda- «*kendisine dava açma hakkını devrettiği kamu idaresi*» tarafından açılır...²¹⁵

B- DAVALI:

Tasarrufun *iptâli davasının kimler aleyhine (kimlere karşı) açılabilceği* başka bir deyişle bu davalarda kimlerin davalı olabileceği **İİK. mad. 282*** de düzenlenmiştir...

I- 538 sayılı Kanun ile -1965 yılında- yapılan değişiklik sonunda, iptâl davalarında borçlunun da «davalı» olarak gösterilmesi ilkesi kabul edilmiştir. Daha önce, böyle bir zorunluluk olmadığı halde uygulamada «*borçlunun da davalı olarak gösterilmesi gerektiğine*» **Yargıtay kararlarında**²¹⁶ işaret edilmiş olduğu gibi, **doktrinde** de bu görüşü savunan yazarlar²¹⁷ vardı...

538 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, bu konudaki duraksamalara son verilmiş ve borçlunun da -diğer davalılarla birlikte- davalı olacağı kabul edilmiştir.^{218 219}

II- a) Haciz yolu ile takipte açılan iptâl davalarında, aşağıdaki kimselerin davalı olarak gösterilmesi gerekir:

aa) «Asıl borçlu» ve «iptâl konusu tasarruftan yararlanan üçüncü kişi» (yani; «*borçlu*» ve «*borçlu ile iptâl konusu işlemi yapan veya kendisine borçlu tarafından bir ödemede bulunulan kimse*») (İİK. mad. 282, c:1).²²⁰

²¹⁴ Bknz: 17. HD. 28.12.2009 T. 8452/9007; 12.10.2009 T. 4029/6211; 12.10.2009 T. 4216/6215

²¹⁵ Bknz: 15. HD. 17.1.1995 T. 6538/115

* **İptâl davasında davalı**

MADE: 282 -« İcra ve İflas Kanunun 11. babındaki iptâl davaları borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılır. Bunlardan başka, kötüniet sahibi üçünü şahıslar aleyhine de iptâl davası açılabilir. İptâl davası iyi niyeti üçüncü şahısların haklarını ihlal etmez.»

²¹⁶ 4. HD. 17.1.1953 T. E:27, K:150 (TİK. 1953, C:1, s:438) - 5. HD. 30.12.1952 T. E:4000, K:4694 (TİK. 1952, C:II, s:1353) - 4. HD. 29.4.1952 T. E:2690, K:2294 (TİK. 1952, C:1, s:442)

²¹⁷ **BELGESAY, M.R.** İcra ve İflas Hukuku (Sentetik Bölüm), C:2, s:170 - **ARAR, K.** İcra ve İflas Hükümleri, C:2, 1944, s:241

²¹⁸ **GÜRDOĞAN, B.** İptâl Davaları (İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, 1965) s:163

²¹⁹ Bu düzenlemenin eleştirisi için bknz: **UMAR, B.** a.g.e. s:48, dipn.1

²²⁰ Bknz: 17. HD. 26.6.2010 T. 5795/6385; 17.6.2010 T. 4967/5636; 7.6.2010 T. 4656/5233 - 17. HD. 29.12.2009 T. 8677/9126; 15.12.2009 T. 6557/8458; 22.10.2009 T. 5393/6636 vb.

Burada, «iptâl konusu tasarruftan yararlanan üçüncü kişi»nin yani «borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişi»nin aleyhine iptâl kararı verilebilmesi için; İİK. mad. 278'e dayanılan durumlarda davalı - üçüncü kişinin *kötüniyetli* olması gerekmediği halde, İİK. mad. 279'a dayanılan durumlarda «lehine tasarrufta bulunulan davalı üçüncü kişinin *borçlunun durumunu bilmesi*» (İİK. mad. 279/II) gerektiği gibi, İİK. mad. 280'e göre açılan iptâl davalarında da «davalı üçüncü kişinin *borçlunun durumunu ve zarar verme kasdını bilmesi ya da bilmesini gerektiren açık emarelerin bulunması*» (İİK. mad. 280/I) gerekir...

Hemen belirtelim ki; «*borçluya ait taşınmazı vekaleten başkasına satan kişi (vekil)*», açılan iptâl davasında «*davalı*» olarak gösterilemez...²²¹

bb) Asıl borçlu ve iptâl konusu tasarruftan faydalanan kimsenin «**mirasçıları**»²²². Açılan iptâl davalarında, «*mirasçılar*»ın, iptâl davasında «*davalı*» olarak yer alabilmesi için, kendilerinin kötüniyetli bulunmaları gerekmez. Ancak, üçüncü kişinin bilgisinin arandığı durumlarda (İİK. mad. 279, 280), bu bilgi mirasçılar bakımından değil, miras bırakan bakımından aranmalıdır.²²³

Yüksek mahkeme, «*mirasçıların, iptâl davalarında 'davalı' olarak gösterilmeleri*» konusu ile ilgili olarak;

- «*Borçlunun mirasçısı olan davalıların, dava açılmadan önce mirası reddetmiş olmaları halinde, açılmış olan iptâl davasının 'husumet nedeniyle' reddedilmesi gerekeceğini*»,²²⁴

- «*Tasarrufun iptali davası devam ederken, davalı-borçlunun (borçluların) ölüp, mirasçıların da mirası reddetmesi halinde, durumun sulh mahkemesine bildirilerek, mirasın iflâs kurallarına göre tasfiyesinin sağlanması ve mahkemece mirası reddeden mirasçılar için bir temsilcisi atanarak, onun huzurunda davaya devam edilmesi gerekeceğini*»²²⁵

belirtmiştir.

Devlet, MK. mad. 501 gereğince mirasçı olursa, iptâl davası onun aleyhine de açılır.²²⁶ Örneğin; borçlunun iptâl konusu tasarrufu yaptıktan sonra ölmesi ve mirasçıların da mirası reddetmesi halinde, iptâl davasının, «*borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişi*» (alıcı) ile Hazine aleyhine açılması gerekir.²²⁷

cc) «**Asıl borçlu**» ve «**kötüniyetli dördüncü kişi**»ler (İİK. mad. 282, c:2).²²⁸ Buradaki «dördüncü kişi»lerden maksat; «*lehine borçlu tarafından*

²²¹ Bknz: 15. HD. 4.5.1992 T. 1042/2331; 26.6.1989 T. 1614/3044

²²² Bknz: 17.HD. 29.12.2009 T. 8677/9126; 15.12.2009 T. 6557/8458; 22.10.2009 T. 5393/6636; 30.6.2009 T. 3279/4758 - 15. HD. 12.6.2006 T. 1509/3470; 24.12.2003 T. 6382/6240; 22.10.2003 T. 4033/4936 vb.

²²³ GÜRDOĞAN, B. İflâs Hukuku Dersleri, 1966, s:241

²²⁴ Bknz: 15. HD. 19.9.2002 T. 2834/4050

²²⁵ Bknz: HGK. 17. HD. 13.5.2010 T. 3029/4507; 17.12.2009 T. 2174/8520; 3.7.2002 T. 15-572/577

²²⁶ UYAR, B. a.g.e. s:50

²²⁷ Bknz: 15. HD. 30.1.1989 T. 3821/270

²²⁸ Bknz: 17. HD. 26.6.2010 T. 5796/6385; 17.6.2010 T. 4967/5636; 7.6.2010 T. 4656/5233 - 15.

tasarrufta bulunulmuş olan -iptâle tâbi- tasarrufu borçludan devralmış olan kişilerdir.²²⁹ Bu kişilere karşı iptâl davası açabilmesi için, bu kişilerin kötü niyetli olduklarının -davacı alacaklı tarafından- ispat edilmesi gerekir.²³⁰ «Dördüncü kişilerin kötüniyetli olduğu» davacı alacaklı tarafından her türlü kanıtla -«tanık» dahil- ispat edilebilir.

Eğer, açılan iptâl davasında, yukarıda belirtilen kişiler «birlikte» davalı olarak gösterilemişse, örneğin, dava sadece «borçlu» ya da «üçüncü kişiye» yöneltilmesi -daha doğrusu, bu kişilerin de davaya katılmalarının sağlanması- için süre verilmesi gerekir. Yani bu durumda, yeniden dava açılması gerekmezsiniz, dava dilekçesinin, davada daha önce «davalı» olarak gösterilmemiş olan fakat gerçekte «davalı» olarak yer alması gereken kişi (ya da kişilere) tebliğ edilmek suretiyle, tüm davalıların önünde duruşmaya devam edilmesi gerekir. **Yüksek mahkeme** de bu çözüm doğrultusunda içtihatla bulunmuştur.²³¹ Ancak, kimi kararlarında, bu durumda; «... mahkemece, öncelikle davacıya, -davada ‘davalı’ olarak gösterilmemiş olan- borçlu hakkında da dava açması için mehil verilmeli, açılacak davanın birleştirilmesinden sonra esas hakkında karar verilmelidir...»²³² şeklinde bir çözüm önermişse de, bu çözüm şekli, diğeri kadar pratik olmadığı için uygulamada çok tercih edilmemektedir.

Yukarıda belirtilen durumlarda, borçlu ile lehine tasarruf yapılan üçüncü kişi (ve iptâle tâbi tasarruf konusu mal veya haklı üçüncü kişiden devralmış olan kötüniyetli dördüncü kişi) -şekli anlamda- «zorunlu dava arkadaşı» durumundadır.²³³ Bu nedenle, mahkeme, bu kişilerin açılmış olan iptâl davasında «davalı» olarak gösterilmiş olup olmadığını kendiliğinden araştırır.²³⁵

Buna karşın; borçlu ile dördüncü kişi (yani üçüncü kişi ile işlemde bulunan, borçlu ile doğrudan doğruya işlemde bulunmamış olan kişi) arasında da «zorunlu dava arkadaşlığı» bulunduğu **doktrinde**²³⁶ ileri

HD. 12.6.2006 T. 1509/3470; 24.12.2003 T. 6382/6240; 22.10.2003 T. 4033/4936 vb.

²²⁹ Bknz: 17. HD. 8.7.2010 T. 698/6628

²³⁰ Bknz: 17. HD. 27.5.2010 T. 2345/4795; 15.12.2009 T. 7471/8455; 17.11.2009 T. 7699/7593 vb.

²³¹ Bknz: 17. HD.29.12.2009 T. 8677/9126; 15.12.2009 T. 6557/8458; 22.10.2009 T. 5393/6636 vb.

²³² Bknz: 15. HD. 26.2.2004 T. 324/1042; 19.2.1990 T. 4667/677

²³³ **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku, C:4, s:3522 - **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s:1215 - **PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M.** age., s:708- **MUŞUL, T.** İcra ve İflas Hukuku, s:1312 - **MUŞUL, T.** Tasarrufun İptali Davasında Dava Şartı Olarak Aciz Vesikası Sorunları Yargıtay Kararları ve Düşüncelerimiz (Legal Huk. D. Ekim/2004, s:2823 vd.) **YILDIRIM, M.K.** age., s:264 - **ÜSTÜNDAĞ, S.** İflas Hukuku, 8. Bası, s:299, dipn. 242a - **KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E.** age. s:57 vd. - **OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A.** İİK. Şerhi, C:5, 2007, s:6017 - **SARISÖZEN, İ.** a.g.m. s:290 - **KOSTAKOĞLU, C.** a.g.m. (Ad. D. 1989/6 s:30 - Yasa D. 1989/8, s:1054) - **ULUKAPI, Ö.** Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, 1991, s:104 - **GÜNEREN, A.** Tasarruf İptâl Davaları, 2008, s:99

²³⁴ Bknz: 17. HD. 20.5.2009 T. 2035/3389 - 17. HD. 29.12.2009 T. 8677/9126; 15.12.2009 T. 6557/8458 vb.

²³⁵ Bknz: 17. HD. 29.12.2009 T. 8677/9126; 15.12.2009 T. 6557/8458; 22.10.2009 T. 5393/6636 vb.

²³⁶ **KURU, B.** age. C:4, s:3530 - **KURU, B.** age. El Kitabı, s:1216

sürülmesine rağmen, **yüksek mahkeme** bu durumda «ihtiyari dava arkadaşlığı»nın bulunduğu kabul edilmektedir.²³⁸

Yüksek mahkeme, bu konu ile ilgili olarak;

- «'Borçlu' ile hukuki işlemde bulunan 'üçüncü kişi' arasında 'zorunlu dava arkadaşlığı' bulunmasına rağmen 'borçlu' ile 'dördüncü kişi' arasında 'ihtiyari dava arkadaşlığı' bulunduğundan, davacının takibi olmadığı halde, mahkemece kendiliğinden, 'dördüncü kişinin de davaya dahil edilmesi' konusunda, davacıya süre verilemeyeceğini»,²³⁹

- «Dava konusu taşınır/taşınmazı 'borçlu'dan değil de borçlu ile işlemde bulunan 'üçüncü kişi'den devir (satın) almış olan kişilerin (dördüncü kişilerin), tasarrufun iptali davalarında 'ihtiyari dava arkadaşı' konumunda olduklarını, bu kişilerin kötünietli olduğunu kanıtlayabilen davacıların bu kişileri açtığı davada 'davalı' olarak gösterebileceğini veya daha sonra haklarında ayrı dava açıp, diğer (önceki) dava ile birleştirebileceğini (yoksa davacıların açmış oldukları davaya 'dahili dava' yoluyla bu kişileri dahil edemeyeceğini)»^{240 241} belirtmiştir.

İptâl davasında, borçlu ile diğer davalı birlikte hareket etmezlerse, örneğin; biri kararı temyiz eder diğeri etmezse ne olacaktır? Bu konuda da doktrinde görüş ayrılığı belirtmiştir. **Bir görüşe göre**²⁴² davalıların birlikte hareket etmesi gerekir. Biri tek başına hükmü temyiz edemez. **Diğer bir görüşe göre**²⁴³ ise, birinin temyizinin sonucundan diğeri de yararlanır. **Yüksek mahkeme**;²⁴⁴ «tasarrufun iptali davalarında davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğunu, zorunlu dava arkadaşları usul işlemlerini hep birlikte yapmak zorunda olduklarından, ilk itirazlardan sonra 'yetki itirazı'nın da davalılarca birlikte ileri sürülmesi gerektiğini, yalnız bir veya birkaç davalı yanca ileri sürülen yetki itirazının sonuç doğurmayacağını» belirtmiştir...

Maddede (İİK. 282 c:3); «iptâl davasının iyiniyetli üçüncü şahısların haklarını ihlâl etmeyeceği» belirtildiğinden,²⁴⁵ lehine tasarruf yapılan kimse, iptâl konusu bu tasarrufla iktisap ettiği malı, iyiniyetli yani tasarrufun ip-tâl konusu olduğunu bilmeyen bir «dördüncü kişi»ye devretmişse, iyiniyetli olan bu «dördüncü kişi» aleyhine iptâl davası açılmaz. Buna karşın dördüncü kişi kötünietli ise, aleyhine iptâl davası açabilir.

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak ayrıca;

²³⁷ Karş: **MUŞUL, T.** agm. s:2823

²³⁸ Bknz: 17. HD. 5.11.2007 T. 3606/3386 - 15. HD. 5.6.2002 T. 2104/3024

²³⁹ Bknz: 17. HD. 5.11.2007 T. 3606/3386

²⁴⁰ Bknz: 15. HD. 5.6.2002 T. 2104/3024

²⁴¹ Karş: 15. HD. 24.10.1994 T. 5372/5800; 4.7.1995 T. 3882/4162

²⁴² **KURU, B.** İflas ve Konkordato Hukuku, s: 393 - **SARISÖZEN, İ.** a.g.m. s: 290

²⁴³ **BELGESAY, M.R.** İcra ve İflas Kanunu Değişen Maddeler Şerhi, 1966, s:160 - **GÜRDOĞAN, B.** a.g.e. s:240, dipn. 684 - **ÜSTÜNDAĞ, S.** age 4. Bası, s:365

²⁴⁴ Bknz: 17. HD. 20.5.2009 T. 2035/3389

²⁴⁵ Bknz: 17. HD. 8.6.2010 T. 2341/5297; 2.2.2010 T. 8712/700; 2.11.2009 T. 3250/6986 vb.

- «İyiniyetli dördüncü kişilere (dava konusu taşınırı/taşınmazı, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişiden devir (satın) almış olan kişilere) karşı iptâl davası açılmayacağını, ivazlar arasında aşırı (fahiş) farkın varlığının tek başına dördüncü kişinin kötüniyetli olduğunu göstermeyeceğini, bu durumun ancak diğer delillerle birlikte ‘takdiri delil’ niteliğini taşıyacağını»,²⁴⁶

- «Tasarrufa konu malın, üçüncü kişi tarafından elden çıkarılmış olması halinde, davacıya ‘dördüncü kişiye davaya dahil edip etmeyeceği’nin sorulması gerekeceğini»,²⁴⁷

- «Dava konusu taşınmazı/taşınırı borludan satın alan kişinin, borçlunun muhasebecisi olması halinde, ‘iyiniyetli’ kabul edilerek, hakkındaki davanın reddedilemeyeceğini»,²⁴⁸

- «Kötüniyetli dördüncü kişiler aleyhine de iptâl davası açılabileceğini, dava devam ederken ve alacaklının koydurduğu tedbir/ihtiyati haciz tapu kaydında mevcutken ve bu bilgiler satışa ilişkin akit tablosunda açıkca belirtilmişken, davalı dördüncü kişilerin, taşınmazın ve borçlunun durumunu, kendilerine taşınmazı satan kişinin borçlunun annesi olduğunu bilmediklerinin kabul edilemeyeceğini»,²⁴⁹

- «Taşınmazın halen adına kayıtlı bulunan kişinin, kendiliğinden harcını da yatıracak davaya katılmış olması halinde, açılan davanın husumet yönünden reddedilemeyeceğini»,²⁵⁰

belirtmiştir.

Lehine «borçlu» tarafından iptâl tâbi tasarruf yapılan «üçüncü kişi», aleyhine iptâl davası açıldıktan sonra tasarruf konusu mal ya da hakkı «dördüncü kişiye devreder ve bu dördüncü kişi de kötüniyetli ise, davacı «iptâl davasını, dördüncü kişiye yöneltebileceği» (HUMK. mad. 186/I) gibi, iptâl davasına, «üçüncü kişiye karşı tazminat (bedel) davası olarak devam edilmesini» (İİK. mad. 283/II) de isteyebilir (HUMK. mad. 186/II).²⁵¹

Davacı-alacaklı, iyiniyetli üçüncü kişiden, kötüniyetle iktisapta bulunan kimseye karşı da **kanımızca** iptâl davası açılabilir.^{252 253}

Ancak, dava konusu tasarrufun tarafı olmayan kişi aleyhine tasarrufun iptali davası açılmaz...²⁵⁴

²⁴⁶ Bknz: 17. HD. 8.6.2010 T. 2341/5297; 2.2.2010 T. 8712/700; 2.11.2009 T. 3250/6986; 28.9.2009 T. 6050/6978 vb.

²⁴⁷ Bknz: 17. HD. 14.9.2006 T. 5541/5223

²⁴⁸ Bknz: 15. HD. 1.7.2004 T. 1901/3706

²⁴⁹ Bknz: HGK. 13.11.2002 T. 15-846/907

²⁵⁰ Bknz: 15. HD. 10.2.1995 T. 57/679; 10.2.1992 T. 4848/517

²⁵¹ KURU, B. age. C:4, s:3336 - KURU, B. El Kitabı, s:1217

²⁵² Aynı görüşte: YILDIRIM, M.K. age. s:268

²⁵³ Aksi görüş: OLGAC, S. Yargıtay İçtihatlarının Işığında İcra ve İflas Kanununda İptâl Davaları (Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, 1974, s:476)

²⁵⁴ Bknz: 17. HD. 22.12.2009 T. 4699/8781; 7.5.2009 T. 2616/2906

b) İflâs yolu ile takipte iptâl davası sadece;

aa- *İptâle tâbi tasarruftan faydalanan* (yani, borçlu ile iptâl konusu işlemi yapan veya kendisine borçlu tarafından bir ödemede bulunulan) *üçüncü kişiler*,

bb- Ve, varsa; *kötüniyetli dördüncü kişiler*,

cc- (a) ve (b) deki kimselerin *mirasçıları*, aleyhine açılabilir.

«Borçlu» iflâs etmiş olduğundan, iptâl davasında «davalı» olarak gösterilemez, «iflas masası»ni temsilen «iflas idaresinin» 'avalı' olarak gösterilmesi gerekir...

Yüksek mahkeme,²⁵⁵ «İflâs masası alacaklılarının, bir iddianın takibi hakkını herhangi bir alacaklıya -İİK. 245 uyarınca- devretmiş olmasının, 'iflâs idaresi'nin davada taraf olma zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı, bu durumda mahkemece 'davanın husumet (iflâs idaresi) yönünden reddine' karar verilemeyeceğini» belirtmiştir...

c) «6183 sayılı Kanuna göre açılan iptâl davalarında» «davalı»;

6183 sayılı Kanuna göre, kamu alacağından dolayı iptâl davalarının kimlere karşı açılacağı, bu kanunun 25. maddesinde- İİK. mad. 282'ye paralel şekilde düzenlenmiş olduğundan, yukarıda -Şa. başlığı altında- yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

6183 sayılı yasanın 25. maddesinde her ne kadar, «*hakkında iptâl davası açılacak kişiler*» (yani; davalılar) arasında 'borçlu'²⁵⁶ öngörülmemişse de, İcra ve İflâs Kanununa göre açılan iptâl davalarında olduğu gibi, bu kanuna göre açılacak olan iptâl davalarında da 'borçlu' -'zorunlu dava arkadaşı' olarak- davada, «davalı» olarak gösterilmelidir.²⁵⁷ **Yüksek mahkeme**²⁵⁸ de bu hususu, içtihatlarında «6183 sayılı Kanun uyarınca kamu alacağından dolayı açılan iptâl davalarında yasada 'borçlu'nun da 'davalı' gösterileceği belirtilmemişse de, tasarrufun iptâline dair verilecek karardan, borçlu da etkileneceğinden, bu davalarda 'borçlu'nun da 'davalı' olarak gösterilmesi, eğer gösterilmemişse, 'zorunlu dava arkadaşı' durumunda bulunan borçluya da dava dilekçesi ve davetiye gönderilerek davaya dahil edildikten sonra, davanın sonuçlandırılması gerekir» şeklinde belirtmiştir.

Yüksek mahkeme bu konu ile ilgili -yani; «davalı» sıfatı ile- ilgili diğer içtihatlarında;

- «Kötü niyetli 4. kişi olduğu» kanıtlanamayan davalı hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini»²⁵⁹

²⁵⁵ Bknz: 17. HD. 11.11.2008 T. 2109/5231

²⁵⁶ Kamu icra hukukunda «borçlu» kavramının içeriği hakkında bknz: **ASKAN, F.** age., s:108 vd. - **TOKTAŞ, M.** age., s:129 vd.

²⁵⁷ **KOSTAKOĞLU, C.** a.g.m. (Yarg. D. s:20 vd.; Yasa D. s:1243 vd.) - **ŞİMŞEK, E.** a.g.e. s:214 - **ASKAN, F.** age. s:117 vd. - **TOKTAŞ, M.** age. s:129 - **GERÇEK, A.** age., s:166

²⁵⁸ Bknz: 17. HD. 19.1.2010 T. 31/102; 15. HD. 15.4.1998 T. 1143/1444; 4.3.1996 T. 1126/1085

²⁵⁹ Bknz: 17. HD. 7.6.2010 T. 4813/5235

- «Ölü kişi aleyhine takip yapılamayacağı gibi, mirası reddeden mirasçılar aleyhine de takip yapılamayacağını, bu durumda, MK. 612 uyarınca ‘terekenin resmi tasfiyeye konu olup olamayacağı’nın da araştırılması gerekeceğini»²⁶⁰

- «6183 sayılı Kanun uyarınca açılan iptâl davalarında -İİK 277 vd. göre açılan iptâl davalarında olduğu gibi- ‘zorunlu dava arkadaşı’ durumunda olan tüm ilgililerin (‘borçlu’ ve ‘borçlu ile hukuki işlemde bulunan üçüncü kişiler’in ve bunların mirasçılarının) davalı olarak gösterilmesi, eğer gösterilmemişse, bu kişilerin de davaya dahil edilmelerinin sağlanması gerekeceğini»²⁶¹

- «Kamu alacağından dolayı tasarrufun iptali davalarının -6183 s.K. 25 ve İİK. 282/II uyarınca- ‘borçlu’, ‘borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler’ ile ‘bu kişilerin mirasçıları’na ve ‘kötüniyetli dördüncü kişiler’e karşı açılacağını»²⁶²

- «Kendisine karşı tasarrufun iptali davası açılabilirken olan -6183 s.K.’nın 25. maddesinde bahsedilen- «kötüniyetli üçüncü kişiler»den maksadın «iptal davasına konu malı borçlunun alacaklısından mal kaçırarak amacıyla temlik ettiğini bilen veya bilmesi gereken kişiler» olduğunu»²⁶³

- «Yöneticisi olduğu anonim şirketin vergi borcunu ödetmeyen kişinin -şirket hakkında yapılan takibin semeresiz kalmasından sonra- sahip olduğu taşınmazdaki hissesini kardeşine satması halinde, bu satışa yönelik açılan iptal davasının kabulü gerekeceğini»²⁶⁴

- «Limited şirket ortaklarının - 6183 s. Kanunun 4369 sayılı Kanunla değişik 35. maddesi uyarınca- şirketten tahsil imkanı bulunmayan kamu alacaklarından, sermaye payları oranında sorumlu olduklarından, bu kişilerin ortağı bulundukları şirketin vergi borcunu -kendilerine ödeme emirlerinin tebliğine rağmen- ödememek için kendilerine ait taşınmazları üçüncü kişilere satmaları halinde, bu satış işlemleri hakkında iptâl davası açılabilirliğini»²⁶⁵

- «Limited şirket ortaklarının «ödenmemiş olan şirketin kamu borçlarından dolayı» -sermaye payları oranında- 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesi uyarınca, limited şirket temsilcilerinin de, Vergi Usul Kanununun 10/II ve 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesi uyarınca- sorumlu olduklarını»²⁶⁶

- «Dava konusu taşınır/taşınmazı, ‘borçlu’dan değil de borçlu ile işlemde bulunan ‘üçüncü kişi’den devir (satın) almış olan kişilerin (dördüncü kişilerin), 6183 sayılı Kanuna göre açılan tasarrufun iptali davalarında (da) ‘ihtiyari dava arkadaşlığı’ konumunda olduklarını, bu kişilerin kötü niyetli olduğunu kanıtlayamayan davacının, açtığı iptâl davasında bu kişileri de ‘davalı’ olarak göstermeyebileceğini»²⁶⁷

²⁶⁰ Bknz: 17. HD. 19.1.2010 T. 31/102

²⁶¹ Bknz: 17. HD. 9.11.2009 T. 7967/7283; 30.6.2009 T. 4397/4763; 28.11.2008 T. 2654/5603 vb.

²⁶² Bknz: 17. HD. 22.4.2009 T. 5542/2567

²⁶³ Bknz: 17. HD. 7.4.2009 T. 5156/2165

²⁶⁴ Bknz: 17. HD. 9.2.2009 T. 3539/458

²⁶⁵ Bknz: 17. HD. 10.7.2008 T. 1067/3916; 3.6.2008 T. 986/2995; 7.2.2008 T. 4314/457

²⁶⁶ Bknz: 15. HD. 29.5.2002 T. 1468/2870; 8.12.1999 T. 4474/4592

²⁶⁷ Bknz: 15. HD. 18.3.2002 T. 531/1173

- «Anonim şirketlerin ödenmemiş vergi borçlarından; anonim şirketin kanuni temsilcileri'nin (şirket esas sözleşmesi ile temsile yetkilendirilmiş veya kaynağını esas sözleşmeden alan yetki ile idare meclisi ya da genel kurulca temsil selahiyeti verilmiş kişi veya kişilerin, eğer şirket esas sözleşmesinde bu şekilde görevlendirmeye ilişkin her hangi bir kayıt bulunmuyorsa, tüm yönetim kurulu üyelerinin müştereken ve müteselsilen) sorumlu olacağını»,²⁶⁸

- «İptâle tâbi tasarruf konusu taşınmazı (taşınırı) doğrudan borçludan satın almamış olan ve kötünियeti isbat edilmemiş olan dördüncü kişi aleyhine iptâl davası açılmayacağını»²⁶⁹

- «213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3505 Yasa ile değişik 10. maddesi uyarınca, tüzel kişilerin yasal temsilcilerinin, tüzel kişinin ödenmeyen vergi borçlarından sorumlu olduğunu»²⁷⁰

- «Borçlunun iflâs etmiş olması halinde, dava dilekçesinin bir örneğinin iflâs idaresine gönderilerek, davacıya dahil edilmesi gerekeceğini»²⁷¹ belirtmiştir.

²⁶⁸ Bknz: Danıştay 3. Daire, 26.5.1999 T. 2761/2128

²⁶⁹ Bknz: 17. HD. 15.1.2008 T. 4114/72; 15. HD. 22.4.1998 T. 442/1590; 17.11.1997 T. 5099/5076; 25.2.1997 T. 6141/996

²⁷⁰ Bknz: 15. HD. 3.12.1992 T. 5943/5697; 23.11.1992 T. 4858/5464; 18.5.1992 T. 98/2615

²⁷¹ Bknz: 15. HD. 1.7.1993 T. 2570/3198

ZORUNLU MÜDAFİİN HÜKMÜ TEMYİZ ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (KARAR İNCELEMESİ)

Yrd. Doç. Dr. Murat BALCI*

Giriş

Türkiye, Avrupa Birliğine uyum süreci çerçevesinde, ceza hukuku mevzuatında birçok alanda değişikliğe gitmiştir. Bu kapsamda insan hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından önemli düzenlemelerden olan 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanun da değiştirilmiştir.

CMK.'nın genel gerekçesinde; “İddia ve savunma makamları arasında, iddia ve savunma faaliyetlerinin gereği gibi yapılmasına engel olacak ayrımlar yapılması; örneğin iddia veya savunma makamının kayırılması, silâh eşitliği olarak anılan ilkeye açık bir aykırılık teşkil eder. Silâh eşitliği demek, ülkemizin de dahil bulunduğu Kıta Avrupa Hukuk Sistemine göre, iddia ve savunma makamlarının her bakımdan eşit olması demek değildir. Bugün silâh eşitliği denilince akla gelen, savunma makamının bir hukuk devletinde kendisine tanınmış bulunan hakları “gerçekten” kullanabilmesidir” denilmiştir¹. Söz konusu dengenin bireyin hak ve özgürlüklerine ilişkin kısmına, kişinin savunmanın gerektirdiği bütün olanakların davanın tüm evre ve aşamalarında tanınması ve zorunlu avukatlık ilkesinin mümkün olduğunca genişletilmesi de dahildir².

CMK.'nın genel gerekçesinde sıkça atıfta bulunulan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-c maddesinde, “*Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir: (...) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek*” denilmektedir.

5271 Sayılı CMK.'nın 150. maddesinde AİHS'in 6/3-c maddesi doğrultusunda düzenlemeler yapılmıştır. Bu hükmeye göre, şüpheli veya sanık

* Doğuş Üniv. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muh. Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Bkz: Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005, s.12. Ayrıca bkz: **Centel, Nur- Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2010, s. 201 vd.

² **Şahin, Cumhur**, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, Ankara 2009, s. 190; **Hakeri, Hakan – Ünver, Yener**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 224.

müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse istemi halinde kendisine bir müdafii görevlendirilir. CMK. 150/2-3. maddeye göre ise; “çocuk, kendisini savunamayacak derecede malül veya sağır ve dilsizler ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada” müdafii bulunması zorunludur. Belirtelim ki hükmün ilk halinde üst sınırı beş yıla kadar olan suçlarda müdafii zorunlu iken, bu hüküm sonradan değiştirilmiştir³.

Ceza muhakemesinde, müdafii; şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukattır⁴. Müdafii savunma görevini çeşitli şekillerde üstlenmiş olabilir; a) Şüpheli veya sanık, kendisi veya kanuni temsilcisi bir müdafii seçebilir, b) Şüpheli veya sanık müdafii seçebilecek durumda değilse, istemi halinde kendisine müdafii görevlendirilebilir⁵. Müdafii görevlendirilmesi soruşturma veya kovuşturma konusu suçun cezasının alt sınırı beş yıldan fazla ise veya çocuk, kendisini savunamayacak derecede malül veya sağır ve dilsizler şüpheli veya sanık ise talep olmasa da zorunludur. Ancak cezanın alt sınırı beş yıldan az ise, müdafii atanması talebe bağlı kılınmıştır.

Uygulamada müdafii görevini yaparken birçok güçlüklerle karşılaşmaktadır. Özellikle zorunlu müdafii, savunmasını yaptığı, şüpheli veya sanığı bazen hiç görememekte ve kendisi ile iletişim kuramamaktadır. Bu durumda zorunlu müdafinin savunma görevini ne şekilde yapması gerektiği önemli bir problemdir. Diğer taraftan şüpheli veya sanık ise yokluğundaki muhakeme işlemlerinden haberi olmadan sonuçlarına katlanmak mecburiyetinde kalmaktadır⁶.

Zorunlu müdafinin atandığı dosya bakımından görevlerinden birisi de müdafiliğini yaptığı kişiyi kanun yollarından yararlandırmaktır. Bu kapsamda, dosyayı temyiz etme yükümlülüğü ve iletişim halinde olmadığı sanığın yokluğundaki işlemlere karşı haklarına ilişkin Yargıtay CGK.nun, 18.03.2008 tarih ve 2008/9-7 E., 2008/56 K. Sayılı içtihadı⁷ incelenecek ve kararın avukatın görevi kötüye kullanması (ihmali) suçu ile ilgisi değerlendirilecektir. Çünkü bu konuda Yargıtay CGK’nın zikredilen kararı

³ 5560 Sayılı Kanun’un 21. maddesi ile değişik gerçekleştirilmiştir. Bkz: 19 Aralık 2006 tarih ve 26381 Sayılı Resmi Gazete. Maddenin ilk hali; “Üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır” şeklindeydi.

⁴ **Şahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, s. 21; **Hakeri – Ünver**, s. 218 vd.;

⁵ “Bilindiği gibi 5271 sayılı Yasaya göre; bir ceza davasında avukat ile şüpheli, sanık veya hükümlü arasında iki yöntemden birisi ile ilişki kurulabilir. Bunlardan birincisi, koşulları oluştuğunda yasa gereği baroca avukat atanmasıdır. İkincisi ise, şüpheli, sanık veya hükümlünün vekaletname ile avukat tayin etmesidir. 1412 sayılı Yasa döneminde, birinci şekilde görevlendirilen avukata müdafii, ikinci şekilde görevlendirilen avukata ise vekil denilmekte idi. 5271 sayılı Yasa bu ikili ayrımı kaldırmış ve usulün 2. maddesinin c fıkrasında bunların her ikisi de müdafii olarak tanınlanmıştır. Buna karşın; birinci durumda bir görevlendirme, ikinci durumda ise sözleşmeden kaynaklanan ilişki söz konusudur. Bu yönüyle iki kurum, görevin başlaması, yürütülmesi, sona ermesi, ücret gibi konularda farklılıklar arz etmektedir”. Yargıtay CGK.nun 6.3.2007 tarih ve 6-13/54 No.lu içtihadı. Bkz: Kazancı İçtihat Bankası.

⁶ Uygulamamız bakımından zorunlu müdafilik, sanığın savunmasına yardımcı olmaktan çok, yokluğunda daha kolay muhakeme işlemlerinin yürütülmesi için işletildiği kanaatindeyiz.

⁷ Karar için bkz: Kazancı İçtihat Bankası.

önemli bir yenilik getirmiş olmasına rağmen, halen zorunlu müdafiler hakkında görevi kötüye kullanma suçundan işlem yapılmaktadır.

I- KARARIN TAHLİLİ

1- Olay

Sanık C.A. nın 18.11.2004 tarihinde kullandığı araçla, bisikletiyle gitmekte olan Mustafa Doğan'a çarpmak suretiyle ölümüne neden olduğundan bahisle 765 sayılı TCY'nin 455/1-son ve 2918 sayılı Yasanın 119/2. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle açılan kamu davası sonunda; Kayseri 1. Asliye Ceza Mahkemesince 19.04.2004 gün ve 148-449 sayı ile; "Sanığın, 765 sayılı Yasanın 455/1-son madde ve fıkraları uyarınca 6 ay hapis ve 111.404.000 lira ağır para cezası ile tecziyesine, 647 sayılı Yasanın 4. maddesi uyarınca hapis cezasının günlüğü 14.850.000 liradan 2.673.000.000 lira ağır para cezasına çevrilmesine, 765 sayılı Yasanın 72. maddesi gereğince ağır para cezalarının 2.784.404.000 lira olarak içtima ettirilmesine, 2918 sayılı Yasanın 118/5. maddesi uyarınca ehliyetinin 1 yıl süreyle geri alınmasına, yargılama giderine" hükmedilmiş olup, hükmün sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz incelemesi için Yargıtay'a gönderilen dosya; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 04.07.2005 gün ve 123362 sayılı yazısı ile, 5320 sayılı Yasanın 8/2. maddesi uyarınca, yeni yasalar nazara alınmak suretiyle lehe yasanın tespiti yönünden yeniden değerlendirme yapılması için mahalline iade edilmiş; iade üzerine yeniden duruşma açan Kayseri 1. Asliye Ceza Mahkemesince de 25.11.2005 gün ve 910-968 sayı ile; "Sanığın daha lehe olan 765 sayılı TCY'nin 455/1-son madde ve fıkraları uyarınca 6 ay hapis ve 110 YTL adli para cezası ile tecziyesine, sanığın duruşmadaki hal ve tutumları ve aşamalarındaki davranışları nazara alındığında olumlu kanaat oluşmadığından 59. madde uyarınca indirim yapılmasına yer olmadığına, hapis cezasının 647 sayılı Yasanın 4. maddesi uyarınca günlüğü 11 YTL den 1.980 YTL adli para cezasına çevrilmesine, 765 sayılı Yasanın 72. maddesi uyarınca verilen adli para cezalarının 2.090 YTL olarak içtima ettirilmesine, 2918 sayılı Yasanın 119. maddesi uyarınca takdiren 6 ay süreyle sürücü belgesinin geri alınmasına, yargılama giderine" hükmedilmiştir.

Sanık hakkında Kayseri 1. Asliye Ceza Mahkemesince 19.04.2004 gün ve 148-449 sayı ile mahkumiyet kararı verildiğinde sanığın vekaletnameli veya vekaletnamesiz bir müdafii bulunmamaktadır.

Sanık bu kararı temyiz etmiş ise de; dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca 04.07.2005 gün ve 123362 sayı ile (temyiz incelemesi yapılmaksızın) lehe yasa uyarlaması yapılması için mahalline iade edilmiştir.

Bunun üzerine mahkemece 06.09.2005 günlü tensiple sanığa duruşma gününü bildirir meşruhatlı davetiye tebliğine ve sair hususların bilahare düşünülmesine karar verilmiş; ancak, tensip kararında yer almamakla birlikte Kayseri Barosu Başkanlığına yazılan 24.11.2005 tarihli yazı ile sanık için 5271 sayılı CYY'nın 150/3. maddesi uyarınca bir müdafii tayini istenmiştir. Bu arada, sanığa çıkartılan duruşma davetiyesi, sanığın görev

yeri değişmiş olduğundan kendisine tebliğ edilemeyerek iade edilmiştir.

Nitekim, baroca müdafii olarak tayin edilen Av. H.... K.... 25.11.2005 tarihli duruşmaya katılmış ve mahkemece de sanık müdafii sıfatıyla duruşmalara kabulüne karar verilmiştir. Bahsedilen müdafii, sanığın katılmadığı bu duruşmada sanık lehine taleplerde bulunmuş, hüküm de yine aynı duruşmada baroca tayin edilmiş bulunan müdafinin yüzüne karşı tefhim edilmiştir.

Av. H. K. 25.11.2005 tarihinde tefhim edilen hükmü, 05.12.2005 tarihli süre tutum dilekçesi ile (süresinden sonra) temyiz etmiştir. Temyiz nedenlerini içeren bir başka dilekçeyi de 20.02.2006 tarihinde ibraz etmiştir.

2- Hukuki Sorun

Duruşmalara sanığın zorunlu müdafii sıfatıyla çağrılan ve fakat bu durumu sanıkça bilinmeyen avukata yapılan tefhimin sanık açısından temyiz süresini başlatıp başlatmayacağı ve sanığa baroca tayin edilmiş bulunan zorunlu müdafii huzurunda verilen kararın ayrıca sanığın kendisine de tebliğ edilmesinin gerekip gerekmeyeceği ile ilgilidir⁸.

3- Merci Görüşleri

A) Yargıtay Ceza Genel Kurulu

Zorunlu müdafinin yüzüne karşı yapılmış olan tefhim, kendisine zorunlu müdafii atandığından haberdar edilmeyen sanık açısından hukuki sonuç doğurmayacağından, temyiz süresini de başlatmaz. Bu nedenle, temyiz davasının sanık müdafinin temyiz isteminin süresinden sonra olduğundan bahisle reddi yerine, gerekçeli kararın sanığın kendisine de tebliği gerekmektedir.

B) Karşı Oy

5271 sayılı CMK'nın 261. maddesine göre avukat, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabilir. Mahkemenin talebi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafinin sanık aleyhine verilen hüküm için kanun yoluna başvurması savunmanın gereği olduğu gibi yasal da görevidir. CMK'nun 188/1.maddesi uyarınca da kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hallerde müdafinin duruşmada hazır bulunması şarttır. Avukatlık Kanununun 62. maddesinde kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi ihmal eden veya kötüye kullanan avukatın Türk Ceza Kanunu'nun görevi ihmal veya görevde yetkiyi kötüye kullanmak suçuyla cezalandırılır.

4- Sonuç

Yargıtay CGK'nın kararında; *“Anayasanın 36. maddesine göre; “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı*

⁸ Karar kapsamında, daha önce yapılan duruşmadaki temyiz beyanının geçerli olup olmayacağına dair hususlara da değinilmiş olup, konumuz kapsamında olmadığından bu hususlara ayrıca değinilmeyecektir.

veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir". Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, "adil yargılanma hakkını" düzenleyen 6. maddesinin 3. fıkrasının b ve c bentlerinde ise; "Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:(...) b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek".

Buradan çıkarılması gereken sonuç; savunma hakkının, temel insan hakları arasında yer alan hak arama hürriyetinin bir gereği olduğu ve avukat tutma hakkının da savunma hakkından ayrı düşünülemeyeceği gerçeğidir. Bu durumda, mevzuatımızda zorunlu müdafilik sistemini öngören yasanın amacı, kendisini savunmak için yeterli maddi olanağı bulunmayanların bu hakkı kullanamamalarından kaynaklanabilecek muhtemel hak kayıplarının önlenmesi, dolayısıyla da savunma hakkının etkin kullanılabilmesinin sağlanması suretiyle, adil yargılanmanın gerçekleştirilmesidir. Bunun doğal sonucu olarak, parası olan sanık nasıl ki vekaletname verdiği avukatı serbestçe tayin edebiliyor, parası olmayan sanığın da aynı şekilde avukatını serbestçe belirleyebilmesi, en azından kendisine tayin edilen avukatı beğenmediğinde değiştirme hakkının bulunması, daha da ötesi, görülmeye başlayacak davada kendisine bir avukat atanacağını sanığa bildirilmesi gereklidir. Kendisine avukat atandığını dahi bilmeyen ya da kendisine avukat atanmakla birlikte beğenmediği takdirde bu avukatın değiştirilmesini isteme hakkına sahip bulunmayan bir sanığın, atandığını dahi bilmediği veya beğenmediği halde muhatap olduğu bu avukatın tüm tasarruflarından sorumlu tutulması gerektiğini veya bu avukatın yaptığı tüm işlemleri peşinen kabul etmiş sayılacağını söylemek nasıl mümkün değilse, böyle bir durumda savunma hakkının tam anlamıyla kullanılabileceğini düşünmek te olası değildir.

Nitekim; yönetmeliğin çıkarılmasından önceki dönem itibarıyla, kendisine avukat atandığının sanığa bildirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Kaldı ki, süregelen uygulamaya göre, sanığın bu avukatı azletmesi dahi mümkün değildir. Zira, bu anlayış yönetmeliğin çıkarılması sırasında da hakimiyetini sürdürmüş ve buna dayalı olarak Yönetmeliğin 7. maddesinin 2. fıkrasında "zorunlu müdafinin azledilemeyeceği" hususu düzenlenmiş ise de, Danıştay 10. Dairesi 26.09.2007 gün ve 1961 sayılı yürütmeyi durdurma kararıyla bu yanlışlığa "dur" demiştir. Dolayısıyla, aynen yönetmeliğin çıkarıldığı tarihten sonraki dönemde olduğu gibi, yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde dahi kendisine zorunlu bir müdafî atanacağını sanığa bildirilmediği ve sanığın bu konudaki iradesine değer verilmediği ya da başka bir ifadeyle sanığın bu konudaki iradesinin dosya kapsamından anlaşılamadığı durumlarda hükmün müdafî yanında sanığın kendisine de tebliğinin adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu kabul edilmelidir. Özellikle vurgulamak gerekirse, bu durum Tebligat Hukuku ile

değil, münhasıran vazgeçilemez ve göz ardı edilemez nitelikteki savunma hakkı ve daha geniş manada da adil yargılanma hakkı ile ilgilidir. Bu nedenle, çözümün tebligata ilişkin hükümler yerine, savunma hakkına ilişkin düzenlemelerde aranması icab eder.

Bunun ötesinde; kendisine zorunlu müdafii atanacağını sanığa bildirilmiş ve sanığın da buna ses çıkarmamış olduğu durumlarda; zorunlu müdafie yapılan tefhim veya tebliğ işlemlerinin aynen vekaletnameli müdafide olduğu gibi geçerli olacağı ve gerek tefhime, gerekse tebliğe bağlı olan sürelerin işlemeye başlayacağı hususunda duraksama yaşanmamaktadır. Dolayısıyla, böyle durumlarda Tebligat Yasasının 11. maddesi uyarınca işlem yapılması gerekeceğinden, tebligat asile değil vekile (müdafie) yapılmalıdır. Aksi halde, zorunlu müdafiliğe yasanın arzu etmediği anlamda simgesel bir anlam yüklenmiş olur ki, bu kabul birçok kargaşayı da birlikte getirecektir” şeklinde açıklamalara yer verilmiştir⁹.

5- Değerlendirme

Kanaatimizce, Yargıtay CGK. adil yargılanma hakkı kapsamında isabetli bir karar vermiştir. Çünkü sanığa müdafii atanması ile amaçlanan hukuki

⁹ Aynı yönde bkz: Yargıtay CGK.nun 16.6.2009 tarih ve 6-57/168 Sayılı içtihadında; “Sanığa mahkemenin istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafinin yüzüne karşı yapılmış olan tefhim, kendisine zorunlu müdafii atandığından haberdar edilmeyen sanık İ...K... açısından hukuksal sonuç ifade etmediği gibi temyiz süresini de başlatmayacağından; sanığın öğrenme üzerine verdiği 10.04.2006 tarihli dilekçesine istinaden temyiz davasının açılması zorunluluğu bulunmaktadır” denilmiştir. Yargıtay 4. CD. nin 1.6.2009 tarih ve 21014/10726 Sayılı içtihadı; “Katılan hakkında, uyuşturucu madde temin etmek suçundan dolayı Antalya 1.Ağır Ceza Mahkemesince 19.04.2005 gün ve 166-135 sayı ile mahkumiyet kararı verildiğinde katılanın vekaletnameli veya zorunlu bir müdafinin bulunmuyup, katılanın bu kararı temyiz etmesi üzerine, dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca 07.06.2005 gün ve 105941 sayı ile (temyiz incelemesi yapılmaksızın) lehe yasa uyarlaması yapılması için mahalline iade edildiği, mahkemece 30.06.2005 günlü tensiple katılana duruşma gününü bildirir çağrı çıkartılmasına ve katılana zorunlu müdafii tayini için Baro Başkanlığına yazı yazılmasına karar verilip, Antalya Baro Başkanlığının 25.08.2005 tarihli yazısı ile de, avukat olan sanığın katılanı savunmak için görevlendirildiği, katılana çıkartılan duruşma davetiyesi kendisine tebliği edilemeyip, katılanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının dosyayı iade aşamasından sonraki hiçbir duruşmaya katılmadığı, sanığın 25.10.2005 tarihli duruşmaya gelip, mahkemece katılanın müdafii sıfatıyla duruşmalara kabulüne karar verildiği, sanığın hazır olmadığı bir sonraki 07.12.2005 tarihli duruşmada hükmün verilip gerekçeli kararın sanığa tebliği edilmesine karşın, sanığın hükme karşı yasa yoluna başvurmadığı anlaşılmış ise de, Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.03.2008 gün 2008/7-56 sayılı kararında açıklandığı üzere, kendisine zorunlu müdafii atanmış sanığın bu müdafii azletme ve değiştirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır.Kendisine zorunlu müdafii atandığından haberdar olan sanık buna ses çıkarmazsa, zorunlu müdafinin yapmış olduğu ve kendisinin açıkça karşı çıkmadığı tüm tasarrufların sonuçlarına katılmak zorundadır. Kendisine zorunlu müdafii atandığından sanığın haberdar edilmediği durumlarda ise ; zorunlu müdafie yapılmış bulunan tefhim ve tebliğ kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurmaz. Bu durumda, hükmün sanığın kendisine de tebliğ edilmesi ve kendisine yapılan tebliğ üzerine sanık tarafından temyiz dilekçesi verilmesi halinde, temyiz davasının kabul edilmesinin gerekecek olması karşısında, bu hususlar tartışılıp, sonucuna göre sanığın hukuksal durumunun belirlenmemesi, Yasaya aykırı ve sanığın temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünceleri yerinde görüldüğünden hükmün bozulmasına” karar verilmiştir. Karar için bkz: Kazancı İçtihat Bankası.

sonuç, sanığın yokluğunda, onu haberdar etmeden duruşmayı yapıp bitirmek değildir. Sanığın haberdar dahi olmadığı bir müdafie yapılan tebligatın sonuçlarına katlanma yükümlülüğü bulunmamalıdır.

Karar ve gerekçesi incelendiğinde, çeşitli açılardan değerlendirilmesi gerekmektedir. Kararda; A) Müdafinin görev ve sorumlulukları, B) Müdafie tebligat yapılması, C) Müdafinin kanun yoluna başvurusu, D) Görevi kötüye kullanma suçu hakkında da dolaylı yollardan değerlendirmelerde bulunulmuştur.

A) Müdafinin Görev ve Sorumlulukları

Avukat, ceza muhakemesi aşamasında savunma görevini, hiçbir sebep göstermeksizin kabul etmeyebilir. Savunma görevini kabul eden zorunlu müdafî veya özel müdafî, görevi kurallara uygun ve dürüstlükle yapmak zorundadır. Av. K. Nun 34 ncü maddesine göre; *“Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler”*.

Müdafî, uyuşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesine yardımla yükümlüdür¹⁰. Ancak müdafî sanığın aleyhindeki delilleri bilmiş olsa da bunları mahkemeye bildiremez. Müdafinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme yükümlülüğü sanığın yararı ile sınırlıdır¹¹.

Müdafinin görevi, savunmayı kabul etmesi ile birlikte başlar ve hükmün kesinleşmesi aşamasına kadar devam eder. Müdafinin görevi aksine bir sözleşme yapmamışsa olağanüstü kanun yolları aşamasını kapsamaz. Av. K.nun 171 nci maddesine göre; *“Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder”*. Bu düzenleme bakımından işin sonunun ceza muhakemesi kapsamında ne zaman olduğunu Yargıtay CGK bir içtihadında tartışmıştır. Yargıtay CGK’nın 6.3.2007 tarih ve 6-13/54 No.lu içtihadında; *“Avukatlık sözleşmesinin süresiz olarak devam ettiğini kabul etmek mümkün değildir. Böyle bir kabul, birçok sorunu da beraberinde getirecektir. Belli bir ücret karşılığı iş yapan vekilden, kesinleşen bir hükümden yıllarca sonra, bu hükümle ilgili yeni bir durum ortaya çıktığında, o hususu da kendiliğinden halletmesi bir görev olarak beklenemez. Şu durumda, yasal düzenlemelere uygun olanı avukatlık sözleşmesinin hükmün kesinleşmesi ile sona ermesidir. Olağan olmayan yasa yolları bu sürece dahil edilmemelidir. Ancak, açıkça sonlandırılmadığı veya diğer sona erme nedenleri bulunmadığı takdirde, vekalet ilişkisi halen devam ediyor olacağından, eğer ki,*

¹⁰ Centel- Zafer'e göre; *“müdafî şüpheli veya sanıktan bağımsız olup, ondan ayrı savunma yapabilir, isteğe aykırı olsa bile şüpheli veya sanık lehine olan delilleri iletir”*. Bkz: **Centel- Zafer**, s.172.

¹¹ **Centel- Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.198, **Bıçak, Vahit**, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s.146.

kesinleşme sürecinden sonraki işlemler için de aynı avukatın işe devam etmesi isteniyorsa, ayrı bir avukatlık sözleşmesi yapılmalıdır. Bu sözleşme, şekle bağlı olarak açıkça yapılabilecektir. Ancak bu şart değildir. Aynı sözleşme, müvekkilin vereceği sözlü bir talimatla kurulabileceği gibi, vekilin müvekkilinin lehine işe girmesi ve müvekkilinin buna izin vermesi yada ses çıkarmaması şeklinde de ihdas edilebilir” denilmek sureti ile açıklık getirilmiştir.

B) Müdafie Tebligat Yapılması

Ceza muhakemesi hukukunda tebligata ilişkin esaslar CMK’nın 35. maddesinde düzenlenmiştir. Şüpheli, sanık veya müdafinin yüzüne karşı verilmiş olan bir karar söz konusu ise tefhim tarihi itibarıyla ceza muhakemesine ilişkin süreler başlar (CMK. m. 35/1). Şüpheli, sanık veya müdafinin yokluğunda verilmiş bir karar söz konusu ise CMK’nın 35/2. maddesine göre hareket edilir. CMK’nın 35/2. maddesine göre; “Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur”. Tebliğ işlemleri ise Tebligat Kanunu’na göre yapılacaktır.

Tebligat Kanunu’nun 11. maddesinde; “Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. Eğer tebligat birden fazla vekile yapılmış ise, bunlardan ilkinde yapılan tebliğ tarihi asıl tebliğ tarihi sayılır. Ancak, Ceza Muhakemeleri Usulu Kanununun, kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır” denilmektedir.

Yargıtay’ın incelememize konu kararı ise bu düzenlemeyle ilgili uygulama alanını daraltıcı bir yorum yapmıştır. Yargıtay CGK’ya göre; “1-Zorunlu müdafii atamasının yapıldığı tarih itibarıyla yürürlükte bulunan Usul hükümlerine göre tayin edilmiş zorunlu müdafie yapılan tefhim ve tebliğ, aynen vekaletnameli müdafie yapıldığında olduğu gibi hukuki sonuçlarını doğurur. Ancak; bunun ön şartı, kendisine bir zorunlu müdafii atandığından sanığın haberdar edilmiş olmasıdır.

2-Kendisine zorunlu müdafii atandığından haberdar olan sanık buna ses çıkarmazsa, zorunlu müdafinin yapmış olduğu ve kendisinin açıkça karşı çıkmadığı tüm tasarrufların sonuçlarına katlanmak zorundadır.

3-Kendisine zorunlu müdafii atandığından sanığın haberdar edilmediği durumlarda ise; zorunlu müdafie yapılmış bulunan tefhim ve tebliğ kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurmaz. Bu durumda, velev ki zorunlu müdafii sanığın lehine gibi görünen bazı işlemleri yapmış olsa -örneğin temyiz dilekçesi vermiş olsa- dahi, hükmün sanığın kendisine de tebliğ edilmesi ve kendisine yapılan tebliğ üzerine sanık tarafından temyiz dilekçesi verilmesi halinde, temyiz davasının kabul edilmesi gerekir”.

Yargıtay CGK'nın bu kararı ile Tebligat Kanunu ile getirilen düzenlemeye kanunda bir değişiklik yapılmadan içtihat yoluyla istisna getirilmiştir¹². Yani Yargıtay içtihat yoluyla, mahkemelere, hükmün kendisine zorunlu müdafî atandığından haberdar olmayan sanıklara da tebliği yükümlülüğünü getirmiştir. Kuşkusuz ideal olan bu düzenlemenin yasama gücünü kullanan TBMM tarafından yapılmasıdır. Ancak 1982 Anayasası'nın 90/son maddesi kapsamında uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde kabul edildiğinden İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi (adil yargılanma hakkı) çerçevesinde bu kararın verilmesi mümkündür. Yargıtay CGK içtihadında kararın tebligata ilişkin değil, savunma hakkına ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Tebligat Kanunu ile uyumlu olmasa da kişiye kendisini savunma hakkının tanınmasının sağlanması bakımından bu içtihat önemli bir adım niteliğindedir.

Sanığın bu halde "tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde müdafilerinin bulunup bulunmadığını bildirmeleri, bildirimde bulunmadıkları takdirde barodan bir müdafî görevlendirmesinin isteneceği" şerhini de içeren bir davetiye ile duruşmalara davet edilmiş olması da gerekmektedir¹³.

Ceza muhakemesi bakımından müdafie yapılan tebligat hangi aşamaya kadar geçerli kabul edilecektir? Zorunlu müdafiler bakımından "Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî Ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle

¹² Tebligat Kanunu'nun 11. maddesinde, "Ancak, Ceza Muhakemeleri Usulu Kanununun, kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır" hükmü mevcut olmakla birlikte CMK'da bu konuya ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir.

¹³ Konu hakkında; Yargıtay CGK'nun 24.11.2009 tarih ve 11-164/275 Sayılı içtihadında; "Bununla birlikte; gerek 5271 sayılı CYY'nda, gerekse Avukatlık Yasası'nda, atanmış müdafilikle ilgili ayrıntılı bir düzenlemeye yer verildiği de söylenemez. 5271 sayılı CYY'nun 150/son madde ve fıkrası ile ayrıntıların düzenlemesi çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu konuda çıkarılması öngörülen Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik atama tarihi olan 30.09.2005 tarihinden daha sonra, fakat hüküm tarihi olan 12.02.2008 tarihinden önce, 02.03.2007 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle, zorunlu müdafîi ataması hukuka uygun olmakla birlikte, zorunlu müdafîinin çalışma, görevinin sona ermesi, sorumluluğunun sınırları ve sanıklarla ilişkileri konusunda yönetmelik hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasına göre, sanıklara çıkarılmış bulunan duruşma davetiyesi "tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde müdafîi bulunup bulunmadığını bildirmesi, bildirimde bulunmadığı takdirde barodan bir müdafî görevlendirmesinin isteneceği ..." meşruhatını içermelidir. Zorunlu müdafîinin atanmış ve sanığın bunu kabul etmiş ya da bu atamaya karşı herhangi bir itirazda bulunmamış olduğu durumlarda; vekaletnameli müdafie yapılan tevhim ve tebliğ de olduğu gibi, zorunlu müdafie yapılan tevhim ve tebliğin de kendisine bağlanan tüm hukuki sonuçları doğuracağını kabul etmek gerekir. Başka bir deyişle, böyle durumlarda asile ayrıca tebligat yapılmasına gerek olmayacaktır. Dolayısıyla; somut olayda yönetmeliğin hüküm tarihinden önce yürürlüğe girmiş olması nedeniyle, "sanıkların tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde müdafîilerinin bulunup bulunmadığını bildirmeleri, bildirimde bulunmadıkları takdirde barodan bir müdafî görevlendirmesinin isteneceği" şerhini de içeren bir davetiye ile duruşmalara davet edilmemiş olmaları Yönetmeliğe aykırıdır. Bu nedenle sanıkların kendilerine zorunlu müdafîi atandığından haberlerinin olduğu söylenemeyeceğinden, mağdur olmamaları için hükmün sanıklara da tebliğ edilerek, temyiz dilekçesi vermeleri halinde, temyiz davasına bakılması adalete uygun düşecektir". Karar için bkz: Kazancı İctihat Bankası.

Yapılacak Ödemelerin Usul Ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik”in 7 nci maddesi ile konu düzenlenmiştir. Buna göre; “(1) Müdafî veya vekilin görevi; a) Soruşturma evresinde; kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi, yetkisizlik veya görevsizlik kararı, kamu davası açılması hâlinde ise iddianamenin kabulü kararı verilmesi, b) Kovuşturma evresinde; yargılamanın yapıldığı il veya ilçe dışında yargılamayı gerektirir görevsizlik veya yetkisizlik kararı, esasa ilişkin hükmün kesinleşmesi ya da davanın nakline karar verilmesi, c) Müdafî, vekil veya kendisine müdafî ya da vekil görevlendirilen kişinin ölmesi, ç) Kişinin kendisine bir müdafî veya vekil seçmesi, hâllerinde sona erer”. Dolayısı ile zorunlu müdafinin bu hallerden birisi ile görevi sona ermiş ise artık kendisine tebligat yapılamaz.

Şüpheli veya sanığın kendi seçtiği müdafiler bakımından Yargıtay CGK’nın 6.3.2007 tarih ve 6-13/54 No.lu içtihadında, hükmün kesinleşmesi ile müdafinin görevinin sona ereceği ve bu aşamadan sonra kendisine yapılan tebligatın geçerli olmayacağı vurgulanmıştır. Kararda; “O halde; bu durumda avukatlık sözleşmesinin sona erdiğinin ve herhangi bir şekilde yenilenmediğinin kabulü gerekir. Bunun sonucu olarak ta; hükümlü ile arasında avukatlık sözleşmesi bulunduğu hususunda bir bilgi veya belge mevcut olmadığı halde, sırf kesinleşen davada hükümlünün savunmanlığını yaptığı ve aralarında halen geçerliliğini sürdüren vekaletnameye dayalı vekil-müvekkil ilişkisinin bulunduğu için Av. M. G.’e yapılmış olan tebligatın geçersiz sayılması, dolayısıyla hükümlünün kendisine yapılan tebligat üzerine süresinde verdiği dilekçenin kabul edilerek temyiz incelemesinin yapılması icab eder” denilmiştir.

C) Müdafinin Kanun Yoluna Başvurması

Müdafî, sanık lehine kanun yoluna başvurabilir¹⁴. Ancak savunmasını yürüttüğü kişinin açık arzusuna aykırı olarak böyle bir başvuru yapamaz¹⁵. Baro tarafından görevlendirilen müdafî, şüpheli veya sanığın arzusuna aykırı olsa da kanun yoluna başvurabilir.

Bu başlık altında, müdafinin kanun yoluna başvurmak zorunda olup olmadığının da tartışılması gerekmektedir. Çünkü müdafî, şüpheli veya sanıktan bağımsız bir taraftır¹⁶.

Doktrinde, sanık kanun yoluna başvurma veya başvurudan vazgeçme konusunda irade açıklamamışsa, müdafî kanun yoluna başvurmada ve

¹⁴ Hakeri – Ünver, s. 233.

¹⁵ Mahmutoglu, Fatih Selami- Dursun, Selman, Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri, Ankara 2004, s.157.

¹⁶ Nurullah Kunter- Feridun Yenisey- Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008, s.505; Müdafinin hukuki konumu hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, müdafî sanığın temsilcisidir. İstisnai durumlarda müdafî sanık yerine geçmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, müdafî sanığın temsilcisi değil, yardımcısıdır. Bir kısım yazarlara göre ise; müdafî sanığa, mahkemeye ve üçüncü kişilere karşı bağımsız bir durumda, belirli özel yetki ve ödevleri olan, adalete hizmet eden bağımsız bir makam, mahkemeler teşkilatı içinde yerini alması gereken adalet organıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Mahmutoglu- Dursun, s. 17 vd. ; Hakeri- Ünver, s. 224 vd.;

başvurudan vazgeçmede hukuki açıdan yarar bulunup bulunmadığını özgürce takdir edebilir görüşü ileri sürülmüştür¹⁷.

Doktrinde, müdafinin yükümlülüklerini yerine getirmemesinin görevi kötüye kullanma kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşler ağırlıktadır¹⁸. Yargıtay da müdafinin temyiz süresini kaçırmamasını görevi kötüye kullanma olarak nitelendirmektedir¹⁹.

Kanaatimizce, ceza muhakemesinde müdafî, kanun yoluna başvurmada hukuki açıdan yarar bulunup bulunmadığını özgürce takdir edebilmelidir. Ancak bu halde görevini doğruluk ve onur içinde mesleğini icra edebilir. Aksi halde sanığın doğruluk ilkesi ile bağdaşmayan taleplerinin de müdafî tarafından karşılanması zorunluluğu ortaya çıkabilir²⁰. Örneğin temyiz yolu bakımından, halen yürürlükte olan CMUK.nun 307 nci maddesine göre, “hükmün kanuna muhalif” olmasına bağlıdır. Müdafî, kendi hukuk bilgisi ve tecrübesine göre hükmün kanuna muhalif olmadığını düşünüyorsa, bağımsız bir taraf olduğundan temyiz yoluna başvurmak zorunda değildir. Müdafîin bu takdirine açıkça karşı çıkılmaması halinde, sorumluluğu yönüne gidilmemelidir. Sanık temyiz yoluna başvurmak istiyorsa bunu müdafîine bildirmek zorundadır. Hükmün temyiz edilmemesi halinde ise, müdafiden temyize başvurmasını talep ettiğini ispat etme yükümlülüğü sanığa aittir. Aksi halde “iddia sahibi iddiasını ispatlar” ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Ancak uygulamada, müdafîin temyiz yoluna başvurmaması halinde, sanığın temyize başvurmayı müdafiden talep edip etmediği tespit edilmeden sorumluluğu cihetine gidilmektedir. Bu durum ispata ilişkin temel ilkelere de aykırı niteliktedir.

D) İhmali Davranışla İşlenen Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK. m. 257/2)

İhmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçu TCK’nın 257/2. maddesinde; “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmiştir. Av. K. 62. maddesine göre; “*Bu Kanun ve diğer kanunlar*

¹⁷ Centel- Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.173.

¹⁸ Bkz: Hakeri – Ünver, s. 235; Bıçak, s.147 vd.

¹⁹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 6.10.2009 tarih ve 8209/15566 Sayılı içtihadında; “1136 sayılı Avukatlık Yasasının 34. Maddesine göre vekalet görevini özen, doğruluk ve güven içerisinde yerine getirme yükümlülüğünü taşıyan sanık avukatların, Asliye Hukuk Mahkemesinin ... sayılı boşanma ilamını temyiz etmek üzere katılanın vekillliğini üstlendikleri halde, hükmü yasal süre geçtikten sonra temyiz ederek, temyiz isteminin süre yönünden reddedilmesine ve katılanın mağduriyetine neden olduklarının anlaşılması karşısında; eylemlerinin 765 sayılı TCY.nun 230 ve 5237 sayılı TCY.nun 257/2.maddesi kapsamındaki görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden ihmal kastıyla hareket etmedikleri biçimindeki yetersiz gerekçeyle beraat hükümleri kurulması, yasaya aykırıdır” denilmiştir. Karar için bkz: Kazancı İctihat Bankası.

²⁰ Örneğin bir dosyanın sırf zamanaşımına uğratılması için sanığın talebi üzerine müdafî tarafından temyiz edilmesi zorunluluğunun kabulü halinde doğruluk ve özen içinde görevin yapılması mümkün olmayacaktır. Bu sebeple müdafî bu alanda takdir yetkisi tanınmalıdır.

gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanununun 257. maddesi hükümlerine göre cezalandırılır”.

765 Sayılı TCK'da sırf hareket suçu (gerçek ihmal suçu) olarak düzenlenen²¹ görevi kötüye kullanma, 5237 Sayılı TCK. ile zarar suçu haline (görünüşte ihmal suçu) haline getirilmiştir. Bu nedenle müdafinin dosyayı temyiz etmemesi halinde görevi ihmal ettiğinin kabul edilebilmesi için, ihmal fiilinin kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına veya kişilere haksız kazanç sağlanmasına yol açması gerekmektedir²². Yargıtay baroca atanan zorunlu müdafinin dosyayı temyiz etmemesi eylemini de görevi ihmal olarak değerlendirmiştir²³.

İncelemiş olduğumuz CGK'nın kararında, “Kendisine zorunlu müdafii atandığından sanığın haberdar edilmediği durumlarda ise; zorunlu müdafie yapılmış bulunan tefhim ve tebliğ kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurmaz” denilmiştir. Kanaatimizce baroca atanan zorunlu müdafii (savunmasını üstlendiği kişinin kendisinden haberdar olmadığı hallerde) hükmü temyiz etmemiş ise, bu ihmali, hukuki bir sonuç doğurmayacağından görevi ihmal suçu da oluşmaz²⁴. Bu sebeple CGK'nın kararının bu yönünün de dikkate alınması gerekmektedir.

²¹ 765 Sayılı TCK'nın 230/1. maddesinde; “Hangi nedenle olursa olsun memuriyet görevini yapmakta savaşa ve gecikme gösteren veya üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmayan memur üç aydan bir yıla kadar hapis ve altıbin liradan otuz bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır” denilmiştir.

²² Yargıtay 4. CD'nin 2.3.2009 tarih ve 2915/3623 Sayılı içtihadında; “Ancak; 765 sayılı TCY'nın 230 ve 240. maddelerinde yer alan görevi savaşa ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarına karşılık gelen, 5237 Sayılı Yasanın 257. maddesi suça yeni bir yorum getiren farklı bir düzenleme içermektedir. Eski düzenlemede, “memurun yasada yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun görevini kötüye kullanması” ve “hangi nedenle olursa olsun görevini yapmaktan savaşa ve gecikme göstermesi” yani münhasıran yasa ve yöntem aykırı davranılması veya görevin yapılmaması veya gecikmeli olarak yapılması halleri suç teşkil etmekte iken, yeni düzenlemede kamu görevlisi ancak yasada suç olarak tanımlanan haller dışında görev gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, a) Kişilerin mağduriyetine, b) Kamunun zararına, c) Kişilere haksız kazanç sağlanmasına yol açması halinde eylemi görevde kötüye kullanma ya da görevi savaşa suçunu oluşturacaktır. Bu üç öğeden birinin gerçekleşmemesi halinde yasa ve yöntem aykırılık da olsa eylem suç teşkil etmez, ancak bir disiplin kovuşturmasının konusu olabilir” denilmiştir. Bkz: Kazancı İçtihat Bankası.

²³ Yargıtay 4. CD, 20.10.2004 tarih ve 12388/11948 Sayılı içtihadında; “M. Barosu'nun 15.12.2000 tarihli yazısı ile CYY'nın 138. maddesi uyarınca zorunlu müdafii olarak atanan sanığın, gerekli özeni gösterip işi sonuna kadar takip etme zorunluluğuna ilişkin Avukatlık Yasasının 34 ve 171. maddelerine aykırı biçiminde, yargılama sonunda verilen hükümlülük kararını temyiz etmeme eyleminin TCY'nın 230/1. maddesine uyduğu” belirtilmiştir. Görüldüğü üzere kararda zorunlu müdafinin temyiz etmemesi görevi ihmal kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz: Kazancı İçtihat Bankası.

²⁴ Nitekim CGK. içtihadına yönelik karşı oylarda, bu halde sanığa tebligatın gerekmeyeceği, ancak fiilin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağını ileri sürmüşlerdir.

KAMU TESİS ARSALARI ÜZERİNDE İMAR PLANI UYGULAMALARI VE KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Yusuf BAŞLAR*

ÖZET

Bu çalışmada yasal bir dayanağı olmayıp yönetmelikle düzenlenen ve fakat uygulamada önemli bir yere sahip olan kamu tesis arsaları üzerindeki imar planı uygulamaları ve bu kapsamda kamu ortaklık payı ele alınmıştır. Bu bağlamda öncelikle imar planları ve imar planlarının uygulama yöntemleri incelenmiş ve sonrasında umumi hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla imar planlarının uygulandığı düzenleme ortaklık payı (DOP) ele alınmış ve nihayet umumi hizmetlerin dışında kalan ve daha geniş kapsamlı olan genel nitelikteki hizmetlerin karşılanması amacıyla gerçekleşen kamu tesis arsalarına tahsis ve kamu ortaklık payı (KOP) uygulaması incelenmiştir.

GİRİŞ

Modern kent yaşantısı temelde planlı bir kentleşmeye dayanır. Hızlı nüfus artışı ve kente göç oranının süratle artması ve yerleşim alanlarının sınırlı olması planlı kentleşmeyi zorunluluk haline getirmiştir. İmar mevzuatı bakımından planlı kentleşmede bir zorunluluk arz etmektedir. Nüfusu belirli bir sayıya ulaşan her yerleşim biriminde imar planlarının yapılması mecburidir¹.

İmar planları çeşitli kentsel işlevler arasında var olan ya da sağlanabilecek olanaklar ölçüsünde en iyi çözüm yollarını bulmak, belde halkına iyi yaşama düzeni ve koşulları sağlamak amacıyla ve kentin kendine özgü yaşayış biçimi, karakteri, nüfus, alan, hizmet ve yapı ilişkileri, yörenin gerek çevresiyle ve gerekse çeşitli alanları arasında olan bağlantıları göz önüne alınarak hazırlanırlar².

İmar planlarının uygulanması geniş halk kesimini doğrudan etkilediğinden bu çalışmaların hukuki ve teknik alt yapısının çok sağlıklı

* Mihalıççık Cumhuriyet Savcısı

¹ TAZEGÜL, İsmail, İmar Mevzuatının Uygulanması ve Kent Planlaması Bakımından Kazanılmış Haklar Sorunu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 2010, Cilt: 1, Sayı: 3, s. 163

² ERGEN, Cafer, İmar Planları, Ankara, 2006, s. 17

olmasını gerektirmektedir. Aksi takdirde yöresel huzursuzluklara, yöneticilerle vatandaşların birbirleri ile davalı olmasına ve sosyal sıkıntılara sebep olduğu herkesçe bilinen ve yaşanan bir gerçektir³.

Ülkemizde imar planı uygulamasında kamulaştırma, ifraz ve tevhid ve arsa ve arazi düzenlemeleri yöntemleri kullanılmaktadır. Bunların içerisinde 18. madde uygulaması olarak da bilinen arsa ve arazi düzenlemeleri gerek uygulamadaki yaygınlığı gerekse hizmet ihtiyaçlarını karşılamadaki verimliliği açısından dikkat çekmektedir. Bu uygulama yöntemi genellikle umumi hizmetlerin karşılanması amacıyla düzenleme sahasındaki arazilerde düzenleme ortaklık payı alınmak suretiyle uygulanmaktadır.

Bununla beraber çalışmamızın esas konusu olan kamu ortaklık payı (KOP), 18. madde uygulamasının diğer bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasal bir dayanağı olmayan, yönetmelik ile düzenlenmiş ve fakat uygulamada büyük kolaylıklar sağlayan ve kamu tesis arazilerinin tahsisinde gündeme gelen kamu ortaklık payı (KOP) konusunu açıklamaya gayret ettiğimiz çalışmamızda kamu ortaklık payının uygulamadaki görünümü ve karşılaşılan sıkıntıların nelerden ibaret olduğu ele alınmış ve bu sıkıntıların giderilmesi hususundaki düşüncelerimiz dile getirilmiştir.

I-İMAR PLANLARI

1-Genel Olarak

Planlama, geleceğe yönelik olarak istenilen hedeflere ulaşmayı, idari fonksiyon anlamında planlama ise, içeriği ne olursa olsun, önceden belirlenmiş hedef yada hedeflere, yine önceden belirlenmiş sürede ulaşmak için izlenecek yön ve yöntemleri belirleme eylemini ifade eder⁴. Buna göre, imar planlaması ise, bir kentin yerleşim şekli, alanı, toprak yapısı gibi fiziksel ve coğrafi; nüfus, geçim kaynağı, ulaşım, barınma gibi toplumsal ve ekonomik özelliklerinin kenti çevreleyen tüm şartlarla birlikte belirlenerek, bunların gelecekteki yönelimlerine ilişkin tahminlerde bulunma ve kentsel hizmetleri bu tahminlere göre gerçekleştirme eylemidir⁵.

Bu bağlamda imar planları, çeşitli kentsel işlevler arasında var olan ya da sağlanabilecek olanlar ölçüsünde en iyi çözüm yollarına ulaşmak, insan, toplum ve çevre ilişkilerinde kişi ve aile mutluluğu ile toplum yaşamını etkileyen fiziksel çevreyi sağlıklı bir yapıya kavuşturmak, yatırımların yer seçimlerini ve gelişme eğilimlerini yönlendirmek ve toprağın korunması, kullanma dengesini ölçülü biçimde belirlemek, belde halkına iyi ve uygun bir yaşam düzeni ve koşulları sağlamak amacıyla yapılmalıdır⁶.

³ KOÇAK, Hüseyin-BEYAZ, Metin, *İmar Uygulamaları*, Ankara, 2007, s. III

⁴ TAZEGÜL, İsmail, *Kent Ölçekli Planlama ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, Adalet Dergisi, Yıl: 2010, Sayı: 36, s. 122-123

⁵ KALABALIK, Halil, *İmar Hukuku (Planlama, Arsa, Yapı, Koruma)*, Ankara, 2002, s. 33

⁶ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1990 gün ve 3020 sayılı Kararı

2-İmar Planlarının Türleri

A-Nazım İmar Planı

Nazım imar planı, varsa bölge veya çevre düzeni planlarına uygun olarak halihazır haritalar üzerine, yine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak çizilen ve arazi parçalarının; genel kullanım biçimlerini, başlıca bölge tiplerini, bölgelerin gelecekteki nüfus yoğunluklarını, gerektiğinde yapı yoğunluğunu, çeşitli yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklükleri ile ilkelerini, ulaşım sistemlerini ve problemlerinin çözümü gibi hususları göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere düzenlenen, detaylı bir raporla açıklanan ve raporuyla beraber bütün olan plandır⁷.

Buna göre nazım imar planı, kanunda belirtilen belli hususlar (sanayi, ticaret gibi başlıca bölge tipleri, gelecekteki nüfus ve yapı yoğunluğu, ulaşım sistemleri, yerleşme alanlarının gelişme yönü gibi) dikkate alınarak yapılmakta ve bizatihi plan olarak tek başına bir anlam ifade etmemekte ve fakat ayrıntılı raporla bütünlük arz etmektedir⁸.

Nazım imar planı, genel ve soyut düzeyde hazırlanarak temel prensipleri bir uyum içerisinde ortaya koyan ve ana gelişme kararlarını gösteren bir “ilk” plandır⁹. Bu bağlamda kentin ana dokusunu gösteren bu plan, kesin bir sınır ve şekil belirlememekte olup bir düşünce projesini ifade etmektedir. Bu tür imar planları üzerinden ölçü alınamaz ve uygulama için kullanılamaz. Bununla birlikte, bölge ve çevre düzenleme planlarının varlığı halinde bunlara uygun olarak halihazır haritalar üzerine ve plan kadastro geçmiş bir alanı kapsıyorsa kadastral durumu da işlenmiş olarak çizilirler¹⁰. Bunlar için kesin bir ölçek yoktur, belde arazisinin genişliğine göre 1/2000, 1/5000, 1/10000 ya da 1/25000 ölçeklerinden biri seçilerek çizilebilirler¹¹.

Bir planın nazım imar planı olması, o planda bulunması gereken nitelikleri ifade eder. Dolayısıyla bir planın adının nazım imar planı olması, o planın hukuksal olarak nazım imar planı niteliğinde olduğunu göstermez. Bunun için aranan koşul, nazım imar planında aranan niteliklerin o planda olup olmadığı hususudur¹².

⁷ 3194 sayılı İmar Kanunu m. 5/2; Benzer bir tanım Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik m. 3/1’de de yapılmıştır. Bu hususla ilgili ayrıca bkz. TAŞÇI, Levent, Elazığ İli Kent Planlaması ve İmar Uygulamaları Üzerine Bir Araştırma, Elazığ, 1996, s. 4

⁸ SANCAKTAR, Oğuz, Belediye’nin İmar Planını Yapması- Değiştirmesi ve İptal Davası, Ankara, 1996, s. 19

⁹ ERGEN, Cafer, İmar Planları, s. 40

¹⁰ KALABALIK, İmar Hukuku, s. 61

¹¹ TAZEGÜL, Kent Ölçekli Planlama, s. 126

¹² KARABATAK, Rüstem-ÖZDAL, Mehmet, İmar Hukuku (İmar Terimleri Sözlüğü ile İlişkilendirilmiş Yargı Kararları Işığında), Ankara, 2005, s. 34; SANCAKTAR, s. 20; Yazara göre; uygulama imar planında yer alması gereken bir husus nazım imar planında yer almamalıdır. Böyle bir durumun varlığı halinde uygulama imar planında yer alan düzenlemenin esas alınması gerekir. s. 22

B-Uygulama İmar Planı

Uygulama imar planı, tasdikli halihazır haritalar üzerine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak nazım imar planı esaslarına göre çizilen ve çeşitli bölgelerin yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yolları ve uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren plandır¹³.

Uygulama imar planının nazım imar planına dayanması ve ona uygun olması gerekmektedir. Planlamaya ilişkin temel ilkelerin belirlendiği nazım imar planı esas alınarak uygulama imar planı oluşturulabilir. Buna göre, nazım imar planında öngörülen esaslara aykırı bir uygulama imar planı veya plan değişikliği kanuna ve planlama esaslarına aykırıdır ve iptali gerekir¹⁴.

Uygulama imar planları genellikle 1/1000 ölçeklidir. Bununla birlikte kentin bazı bölgeleri için 1/500 ölçeği de kullanılabilir. Bu bağlанда uygulama imar planı ile nazım imar planı arasındaki en büyük fark, nazım imar planının daha küçük ölçekli olmasıdır. Nazım imar planı ile uygulama imar planının ortak özellikleri ise; her iki imar planı türünün de halihazır haritalar üzerine işlenmeleri ve topraktan yararlanmayı düzenlemek amacıyla yapılmalarıdır. Ayrıca nazım imar planlarında olduğu gibi uygulama imar planlarında da bir rapor bulunmaktadır¹⁵.

C-Diğer İmar Planları

a-Revizyon İmar Planı

Revizyon imar planı, gerek nazım gerekse uygulama imar planlarının ihtiyaca cevap vermediği ya da uygulamasının mümkün olmadığı veya sorun yarattığı durumlar ile üst ölçek plan kararlarına uygunluğun sağlanması amacıyla planın tamamının veya plan ana kararlarını etkileyecek bir kısmının yenilenmesi sonucu elde edilen plandır¹⁶. Bu durumda bir yerleşim yerindeki imar planı tümüyle değişmemekte, bunun yerine yürürlükteki mevcut planın yenilenmesi söz konusu olmaktadır. Revizyon imar planı 1/50 000 ölçek ile 1/1000 ölçek arasında değişir¹⁷.

b-İlave İmar Planı

İlave imar planı, yürürlükte bulunan planın ihtiyaca cevap vermediği durumlarda, mevcut plana bitişik ve mevcut planın genel arazi kullanım kararları ile süreklilik, bütünlük ve uyum sağlayacak biçimde hazırlanan

¹³ 3194 sayılı İmar Kanunu m. 5/3; Benzer bir tanım Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik m. 3/2'de de yapılmıştır. Bu hususla ilgili ayrıca bkz. TAŞÇI, s. 4

¹⁴ SANCAKTAR, s. 23; KARABATAK-ÖZDAL, s. 36

¹⁵ KALABALIK, İmar Hukuku, s. 63; Aksi görüş için bkz. SANCAKTAR, s. 23; Yazara göre; uygulama imar planları için bir rapora gerek yoktur.

¹⁶ Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik m. 3/3

¹⁷ KALABALIK, İmar Hukuku, s. 64

plandır¹⁸. İlave imar planı yapılırken uygulama imar planına ilişkin tüm koşullara uyulması gerekir¹⁹.

c-Mevzii İmar Planı

Mevzii imar planı, mevcut planların yerleşmiş nüfusa yetersiz kalması veya yeni yerleşim alanlarının kullanıma açılması gereğinin ve sınırlarının ilgili idarece belirlenmesi halinde, Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin plan yapım kurallarına uyulmak üzere yapımı mümkün olan, yürürlükteki her tür ve ölçekteki plan sınırları dışında, planla bütünleşmeyen konumdaki, sosyal ve teknik altyapı ihtiyaçlarını kendi bünyesinde sağlayan, raporuyla bir bütün olan imar planıdır²⁰.

II-İMAR PLANI UYGULAMA YÖNTEMLERİ

İmar planları bir beldede oturan insanların sağlıklarını korumak, kültürel ihtiyaçlarını karşılamak, yaşama düzeni ve çalışma şartlarını iyileştirmek ve de güvenliklerini sağlamak amacıyla düzenlenirler. Bu planların düzenlenmesi kadar uygulanması da çok önemlidir. İmar planları, ancak ekonomik ve sosyal anlamda bir uygulama ile hedefine ulaşmış olur. Bir beldenin düzenli bir şekilde gelişmesi, imar planının yapılaşma ihtiyacının öncesinde hazırlanması ve araziye uygulanmasına bağlıdır²¹.

İmar planı uygulamasından anlaşılması gereken, kentsel arazinin imar planında belirtilen kullanma biçimine uygun hale getirilmesidir. İmar planlarının uygulanması işlemleri ise 3194 sayılı İmar Kanun'u ve ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda gerçekleştirilmektedir. Ülkemizde üç tür imar planı uygulama yönteminden bahsedilebilir. Bunlar sırası ile; kamulaştırma, ifraz ve tevhid (ayırma ve birleştirme) ile arsa ve arazi düzenlemeleridir²².

1-Kamulaştırma

Kamulaştırma, kamu tüzel kişileri ve kurumlarınca, kamu yararı için gerekli işlere tahsis edilmek üzere özel kişilere ait taşınmaz ve kaynakların yetkili organlar tarafından verilen kararlar uyarınca ve bedeli peşin ödenerek mülk edinilmesidir²³. Buna göre, mülkiyet hakkına getirilen önemli bir sınırlama olan kamulaştırma işleminde dikkati çeken üç önemli unsur, kamulaştırmaya konu taşınmazın özel mülkiyete konu olması, bu iş ve eylemin kamu yararı için gerçekleştirilmesi ve kamulaştırma için idarenin bedel ödemesidir²⁴.

¹⁸ Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik m. 3/4; Bu hususla ilgili ayrıca bkz. TAŞÇI, 5

¹⁹ SANCAKTAR, s. 25

²⁰ Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik m. 3/5

²¹ YILDIZ, Ferruh, İmar Bilgisi Planlama Uygulama Mevzuat, Ankara, 2006, s. 153

²² ERSOY, Melih, "İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi" Mekan Planlama ve Yargı Denetimi, (Derleyenler: ERSOY, Melih-KESKİNOK, H. Çağatay), Ankara, 2000, s. 77

²³ YILDIZ, s. 160

²⁴ GÜLTEKİN, Turgay, Gayrimenkul Bilgi Bankası, İstanbul, 2008, s. 80

Bu bağlamda kamulaştırma yöntemi, imar planlarında özel mülkiyet üzerindeki araziler üzerinde; resmi yapılara, tesislere, okul, yol, meydan, park, otopark, yeşil alan, çocuk bahçesi, hal, mezbaha, pazar yeri, toplu taşıma istasyonu, terminal gibi resmi ve umumi hizmetlere ayrılan alanlardaki imar planının uygulanması işlemidir²⁵.

Kamunun elinde bulunan arsa ve arazilerin, kentsel gelişimin yönlendirilmesi açısından önemi büyük olmakla birlikte özel mülkiyetin kamulaştırma yolu ile kamu mülkiyetine dönüştürülmesi sosyal ve ekonomik açıdan ciddi sorunları da beraberinde getirmiştir²⁶. Gerçekten de kamulaştırma yöntemi, mülkiyet hakkının özüne dokunan bir yöntem olması cihetiyle taşınmaz sahiplerinin “mülksüzleşmesine” neden olması yönüyle sosyal açıdan, kamu açısından uzun, pahalı ve zor bir yöntem olması yönüyle ise ekonomik açıdan eleştirilmektedir²⁷.

2-İfraz ve Tevhid (Ayrırma ve Birleştirme)

İmar planının uygulanması sürecinde taşınmaz sahiplerinin isteğine bağlı olarak yapılan uygulamalar arasında üzerinde en fazla durulması ve sonuçları açısından da yine en fazla sorgulanması gereken yöntem İmar Kanunu'nun 15 ve 16. maddeleri uyarınca gerçekleştirilen ifraz ve tevhid (ayırma ve birleştirme) işlemleridir²⁸.

İfraz (ayırma), tapu siciline kayıtlı bir taşınmazın plan gereği parçalara ayrılmasıdır. Buna göre, planlı bir alanda birden fazla imarlı parselin oluşması için tek parça olan bir taşınmazın birden fazla parçaya ayrılması ifraz yapılarak sağlanır²⁹. Tevhid (birleştirmeye) ise, birden fazla taşınmazın imar mevzuatı ve imar planına uygun olarak yapı yapmaya elverişli imar parselleri oluşturmak amacıyla birleştirilmesidir³⁰. Birleştirilerek tek parsel haline getirilecek taşınmazların aynı malik ya da maliklere ait olması zorunlu değildir³¹.

İfraz ve tevhid yöntemi 19. yüzyılın ikinci yarısında beri tüm kanunlarda yer alan³² ve özellikle belediyeler açısından oldukça ekonomik yönü bulunan

²⁵ YILDIZ, s. 153

²⁶ MEŞHUR, Mehmet Çağlar, *Arazi ve Arsa Düzenlemesi Yaklaşımlarının Kentsel Mekan Oluşumu Üzerindeki Etkileri; Konya Kenti Örneği*, Konya, 2004, s. 21

²⁷ KÖKTÜRK, Erdal, *İmar Planı Uygulamalarında Karşılaşılan Sorunlar ve Kavramlaşma*, 6. Harita Kurultayı (3-7 Mart 1997), TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Yayını, Ankara, 1997, s. 15

²⁸ MEŞHUR, s. 17

²⁹ GÜLTEKİN, s. 68

³⁰ KALABALIK, Halil, *İmar Hukukunda İfraz ve Tevhid Yöntemi ve Karşılaşılan Sorunlar II*, *Yerel Siyaset Dergisi*, Yıl: 2008, Sayı: 30, s. 71

³¹ GÜLTEKİN, s. 67

³² TÜRK, Şevkiye Şence-ÜNAL, Yücel, *Arazi ve Arsa Düzenlemesi Metoduna İlişkin Olumsuz Önyargı*, *İTÜ Dergisi*, Yıl: 2003, Cilt: 2, Sayı: 1, s. 111

bir uygulamadır³³. Bununla birlikte ifraz ve tevhid yöntemi ile imar uygulaması yapılması doğru bir yaklaşım değildir. Zira bu yöntemde imar planı uygulaması, mal sahibinin isteği ile gerçekleşmiş olduğu için imar planı bir bütün olarak uygulanmayıp parça parça uygulanmakta, dolayısıyla planın uygulanması, hedefine tam olarak ulaşamamaktadır. Diğer taraftan, imar planları objektif bir değerlendirmeyle hazırlanmış olsalar bile imarın getirmiş olduğu avantajlar taşınmazlara eşit şekilde yansıtılmadığı için taşınmaz sahipleri arasında eşitsizliklere ve haksızlıklara sebebiyet vermektedir³⁴.

Bu nedenle acilen ortaya çıkan bazı ihtiyaçların belirli bir bölümünü karşılamanın dışında uygulamada kesin ve etkili bir çözüm niteliği bulunmayan³⁵ ifraz ve tevhid yöntemine, parselasyon planı bulunan alanlarda, sadece basit ifraz niteliğinde bulunan hallerde başvurulmalı, bunun dışında ise imar planının uygulanmasında tek araç olarak aşağıda daha kapsamlı şekilde inceleyeceğimiz arsa ve arazi düzenlemeleri kullanılmalıdır³⁶.

3-Arsa ve Arazi Düzenlemesi

A-Genel Olarak

3194 sayılı İmar Kanunu'na göre arsa ve arazi düzenlemesi belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde belediyelerce, bu sınırlarında dışında ise valiliklerce imar planı içerisinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazilerin malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakati aranmaksızın birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirilmesi, bunların yeniden imar planına uygun ada ve parsellere ayrılması, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtılması ve re'sen tescil işlemlerinin yapılmasıdır³⁷. İmar planı yapıp kesinlik kazanan yerlerde plan uygulama araçlarından en önemlisi arsa ve arazi düzenlemesi uygulamasıdır³⁸.

Arsa ve arazi düzenlemesinin amacı, imar planına, plan raporuna, plan notlarına, imar yasasına ve yönetmeliklere göre imar adasının biçimi ve boyutu, yapı düzeni, yapı yaklaşma sınırı ve bahçe mesafeleri, yapı yüksekliği ve derinliği, yerleşme yoğunluğu, taban alanı ve kat alanı katsayısı, arazinin kullanma şekli, taşınmaz sınırları, var olan yapıların durumu göz önüne alınarak sorunsuz, düzgün, üzerinde bağımsız yapı yapmaya elverişli imar parselleri oluşturmaktır. Bu bağlamda arsa ve arazi düzenlemesi, kentlerin gereksinimi olan yeteri kadar arsa ve araziye konut yapımına hazır duruma getirmeyi amaçlamaktadır. Arsa ve arazi düzenlemesi, imar planlarının

³³ YOMRALIOĞLU, Tahsin, *Arsa ve Arazi Düzenlemesi Çalışmalarında Bilgisayardan Yararlanma*, Trabzon, 1988, s. 4

³⁴ YILDIZ, s. 155; ERSOY, s. 79

³⁵ YOMRALIOĞLU, s. 5

³⁶ KALABALIK, *İfraz ve Tevhid Yöntemi*, s. 79

³⁷ ERGEN, Cafer, *Arazi ve Arsa Düzenlemeleri*, Ankara, 2006, s. 19

³⁸ AKÇEŞME, Halil, *İmar Planlarının Uygulanmasında ve Kentsel Rantın Kamuya Aktarılmasında Kullanılan Araçlar-18. Madde Uygulaması*, Ankara, 2006, s. 59

uygulanmasıyla planlı ve düzenli yerleşmenin oluşması ve yapılaşmaların plan, fen, sağlık ve çevre koşullarına uygunluğunun sağlanması açısından kamu yararını koruyan ve gözetilen bir işlemdir. Arsa ve arazi düzenlemeleriyle, toplumun sağlayacağı yarar, kişilerin uğrayacağı zarardan fazladır ve bu işlem, kamu düzeninin korunması ve sağlanması amacıyla yapılmaktadır³⁹.

Arsa ve arazi düzenlemesi, taşınmazların, sahipleri ile diğer hak sahiplerinin rızası aranmaksızın, birbirleriyle birleştirilmesi ve imar planına uygun parsellere ayrılması sırasında yüzölçümlerinin yüzde kırkına kadar kısmı üzerinde düzenleme dolayısıyla oluşan değer artışları karşılığında düşülen “düzenleme ortaklık payı” ile mülkiyet hakkına bir sınırlama getirmektedir. Ancak mülkiyet hakkına getirilen sınırlama, yasalarla ve yasalarda öngörüldüğü biçimde gerçekleşmekte, imar planlarının uygulamaya geçirilmesindeki kamusal yarar karşısında demokratik toplum düzeninin gerekleriyle ve sosyal hukuk devleti ilkesiyle çelişmemekte ve böylece ölçülülük kuralına uygun bir sosyal denge sağlanmaktadır⁴⁰.

B-Arsa ve Arazi Düzenlemesinin Tarihsel Gelişimi

Arsa ve arazi düzenlemesi, 1864 yılında Turuk ve Ebniye Nizamnamesi, 1882 Ebniye Kanunu ve 1925 tarihli 642 sayılı Kanun ile yangın yerlerinin yeniden düzenlenmesinde ve şekillenmesinde bir uygulama aracı olarak kullanılmıştır. 1351 sayılı Kanuna 1930 tarihli 1663 sayılı Kanun ile eklenen maddeler ile arsa ve arazi düzenlemesinin çerçevesi genişletilmiş ve ilk kez yangın yerlerinin yeniden düzenlemesi dışında da kullanılmaya başlanmıştır. 2290 sayılı Kanun, arsa ve arazi düzenleme yetkisini Ankara Belediyesi dışındaki belediyelere tanınması ile, diğer bütün belediyelerde de kullanabilecek bir yöntem olmuştur. 6785 sayılı İmar Kanunu ile arsa ve arazi düzenlemesi bir yöntem olarak önerilmiş ve kamu hizmetleri için ayrılan yerler için arsa başına eksik dağıtma payı %25 olarak belirlenmiştir. Ancak %25 eksiği ile dağıtma, karşılık ödenmeksizin yapılan dolaylı bir kamulaştırma olduğu gerekçesi ile 22.11.1963 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁴¹.

Anayasa Mahkemesi, 22.11.1963 tarihli kararında, arsa düzenlemesi işlemini, 1961 Anayasası'nın 35. maddesindeki “mülkiyet hakkı” ile ilgili kural yerine, 46. maddesindeki “kamulaştırma” kuralına göre değerlendirmiş ve 6785 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesindeki, “... bu yerleri yüzde yirmi beşe kadar noksanıyla sahiplerine dağıtmaya ...” şeklindeki kuralı, “... Tarla, yahut hamur kaidesi adı verilen bu usul sonucu istisnai, diğer bir tabirle, dolayısıyla kamulaştırma durumu ortaya çıkmaktadır ... gerçek karşılığı peşin

³⁹ KÖKTÜRK, Erol-KÖKTÜRK, Erdal, Arsa Düzenlemelerinin Hukuksal Dayanağı, TBB Dergisi, Yıl: 2007, Sayı: 70, s. 260

⁴⁰ KÖKTÜRK-KÖKTÜRK, Arsa Düzenlemelerinin Hukuksal Dayanağı, s. 268

⁴¹ TÜRK-ÜNAL, s. 113

ödenmedikçe kamulaştırma yapılamaz ...” gerekçesiyle iptal etmiştir⁴². Bu iptal kararı ile 6785 sayılı İmar Kanunu’nun 42. maddesinin yürürlükten kaldırılması, belediyelerin imar planı uygulamalarında ve hizmetlerin yürütülmesinde kamunun kullanımına geçmesi gereken yol, park, otopark vb. gibi altyapı kullanım alanlarını kamulaştırma veya hibe yöntemi ile elde edebileceği sonucunu doğurmuştur⁴³.

Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı üzerine 1972 yılında 1605 sayılı Kanun ile 42. madde yeniden düzenlenerek yapılan kesinti “Düzenleme Ortaklık Payı” olarak nitelendirilmiş ve %25 oranı korunmuştur. Arsa ve arazi düzenlemesine ilişkin ilkeleri ve uygulanmasını açıklayan yönetmelik 23 Mart 1973 tarih ve 14485 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Kanun, düzenleme ortaklık payı olarak belirlenen alanın, düzenlenen yerlerde gereksinime duyulan yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil alan gibi kamusal hizmetler ve bunlarla ilgili kuruluşlardan başka amaçlarla kullanılmasını yasaklamıştır. 1985 yılında kabul edilen 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 18. maddesi ile arsa ve arazi düzenlemesine ilişkin kimi yeni hükümler eklenmiş ve düzenleme ortaklık payı %35’e çıkarılmıştır⁴⁴.

Anayasa Mahkemesi’nin 22.11.1963 tarihli iptal kararından yaklaşık 27 yıl sonra (26.01.1990 günü), bu kez Zonguldak İdare Mahkemesi, gerekçesi aynı olan dört ayrı dava ile birlikte, 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 18. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “Belediyeler veya valiliklerce düzenlemeye tabi tutulan arsa ve arazilerin dağıtımı sırasında, bunların yüzölçümlerinden yeteri kadar saha, düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında ‘düzenleme ortaklık payı’ olarak düşülebilir. Ancak, bu maddeye göre alınacak düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan arsa ve arazilerin düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin yüzde otuz beşini geçemez” kuralını, “kamulaştırma bedeli ödenmeksizin özel mülkiyete el atma niteliği taşıdığından, Anayasa’nın 46. maddesine aykırı bulunduğu,” gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuş ve bu istem, bu kez, Anayasanın 46. maddesindeki kamulaştırma kuralı yerine 35. maddesindeki “mülkiyet hakkı” kuralına göre incelenerek, “anayasaya aykırılığın olmadığına” karar verilmiştir⁴⁵.

Son olarak 03.05.1985 tarihli 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 18’inci maddesinde yapılan değişiklikle düzenleme ortaklık payı alanlarına düzenleme sahası içerisindeki Milli Eğitim Bakanlığı’na bağlı ilk ve orta öğretim kurumları dahil edilmiş, önceden cami olarak yer alan ibare

⁴² KÖKTÜRK, Erol-KÖKTÜRK, Erdal, Eşdeğerlik İlkesine Dayalı Arsa Düzenlemesinde Taşınmaz Değerlerinin Belirlenmesi, hkm Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi Dergisi, Yıl: 2009, Cilt: 2, Sayı: 101, s. 11

⁴³ TÜRK, Celil-TÜRK, Şevkiye Şence, Hukuki ve Teknik Boyutları ile Arazi ve Arsa Düzenlemesi, İstanbul, 2006, s. 121

⁴⁴ AKÇEŞME, s. 64-65

⁴⁵ KÖKTÜRK-KÖKTÜRK, Arsa Düzenlemesinde Taşınmaz Değeri, s. 11

ibadethane olarak değiştirilmiş ve düzenleme ortaklık payı oranı da % 35'ten %40'a yükseltilmiştir⁴⁶.

C-Arsa ve Arazi Düzenlemesinin Uygulama Şekilleri

Arsa ve arazi düzenlemesi genellikle umumi hizmetlerin karşılanması amacıyla İmar Kanunu m. 18/2'de düzenlenen "düzenleme ortaklık payı" (DOP) uygulaması ile gerçekleştirilirler. Bununla birlikte umumi hizmetlerin dışında kalan kamu hizmetlerinin karşılanması için ise "İmar Kanunun 18 inci Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi İle İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik" m. 12'de düzenlenen "kamu ortaklık payı" (KOP) uygulanır.

a-Umumi Hizmetlere Yönelik Arsa ve Arazi Düzenlemeleri (DOP Uygulaması)

Düzenleme ortaklık payı, düzenlemeye tabi tutulan yerlerin ihtiyacı olan Milli Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumları, yol, meydan, park, yeşil saha, genel otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan ve tescile tabi olmayan alanlar ile ibadet yeri, karakol yerleri ve ilgili tesisler için kullanılmak üzere, düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların, düzenlemeden önceki yüzölçümlerinden % 40'a kadar düşülebilen miktar ve/veya zorunlu hallerde malikin muvafakatı ile tesbit edilen karşılığı bedeldir⁴⁷.

İmar Kanunu m. 18/3 uyarınca DOP umumi hizmetler ve bu hizmetlerle ilgili tesislerin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kullanılabilir. Eğer DOP alınarak gerçekleştirilen umumi hizmetler bu alanların ihtiyacı değilse DOP alınması da olanaklı değildir. Başka bir ifadeyle DOP adı altında yapılan kesintiler belediyeler lehine arsa üretmek amacıyla kullanılamaz⁴⁸.

* Danıştay 6. Dairesinin 22.10.1991 tarih,

1990/5 Esas, 1991/2101 Karar sayılı kararı

"...yasada öngörülen düzenleme ortaklık payı mutlak bir değeri ifade etmeyip, ancak düzenleme alanında umumi hizmetlere giden kısımlar hesaplandıktan sonra alınabileceği cihetle böyle bir hesaplama yapılmaksızın azami oran olan %35 pay alınıp, bunun da belediye adına imar parselleri oluşturmakta kullanılmasında yasaya aykırılık açıktır..."

Bu bağlamda umumi hizmet kavramını açıklamak gerekmektedir. İmar Kanunu m. 11/1, m.15/1 ve m. 18/3'de umumi hizmet kavramını

⁴⁶ YILDIZ, s. 244; Düzenleme ortaklık payında %40'lık sabit bir oran yerine, değişik yoğunluk ve yapılanma hakkı kararına paralel olarak düzenleme ortaklık payı oranının belirlenmesinin daha uygun olacağı görüşü için bkz. SEVİNÇ, Semahat, 18. Madde Düzenleme Sınırları İmar Planı Tasarımı Aşamasında Belirlenmelidir, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile Belediyeler Dergisi, Yıl: 1991, Sayı: 11, s. 41

⁴⁷ Bkz. İmar Kanunu m. 18/2-3 ve İmar Kanunun 18 inci Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi İle İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 4

⁴⁸ ERSOY, İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi, s. 81-82; ERGEN, Arazi ve Arsa Düzenlemeleri, s. 231

tanımlamaya yönelik ifadelere yer verilmiştir. Buna göre umumi hizmet, onaylı uygulama planı bulunan yerlerde, arsa ve arazi düzenlemesine tabi tutulan alanların ihtiyacı olan Milli Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumları, yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumun ihtiyaçlarını karşılayan hizmetlere denir⁴⁹.

Bununla birlikte DOP ile oluşturulacak umumi hizmet alanları İmar Kanunu m. 18/3'de sayılan alanlarla sınırlı değildir⁵⁰. Gerçekten de İmar Kanunu m. 18/3'de *"gibi umumi hizmetlerden ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden..."* ifadesiyle bu yerlerin sınırlı olmadığı vurgulanmıştır⁵¹. Buna göre Danıştay da kararlarıyla Kanun'da belirtilmemesine rağmen pazar yeri, toplu taşıma yolları ve semt spor alanının umumi hizmet kavramına girdiğini ve DOP'tan karşılanması gerektiğini hükmetmiştir.

* Danıştay 6. Dairesinin 16.11.1995 tarih,

1995/1737 Esas, 1995/4591 Karar sayılı kararı;

"...3194 sayılı Yasanın 18 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında; 'Düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan yerlerin ihtiyacı olan yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, cami ve karakol gibi umumi hizmetlerden ve bu hizmetler ile ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamaz' hükmüne yer vermiştir.

Temyizi istenen mahkeme kararında, pazaryerinin, düzenleme ortaklık payından karşılanamayacağı belirtilmiş ise de yukarıda sözü edilen maddede belirtilmiş olan umumi hizmetler kapsamına girdiği sonucuna varılmıştır..."

* Danıştay 6. Dairesinin 22.10.1992 tarih,

1991/1550 Esas, 1992/3867 Karar sayılı kararı;

"...Toplu taşıma yollarının imar mevzuatına göre bir yol niteliğinde olduğu ve düzenleme ortaklık payından karşılanması gerekeceği, bu nedenle, düzenleme işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığı..."

Düzenleme ortaklık payı (DOP) oranı en fazla %40'tır. Buna göre düzenleme sahasında umumi hizmetlere ayrılan kısım için %40'ın altında bir kesinti yeterli oluyorsa, uygulayıcı kurumların %40 oranında DOP kesme gibi bir keyfiyetleri yoktur⁵².

Diğer taraftan düzenleme sahasında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin temini için gereken miktarın düzenlemeye giren yerlerin %40'ından fazla

⁴⁹ KALABALIK, Halil, İmar Hukuku Dersleri, Ankara, 2009, s. 345

⁵⁰ ERGEN, Arazi ve Arsa Düzenlemeleri, s. 231

⁵¹ KALABALIK, İmar Hukuku Dersleri, s. 345; Aksi görüş için bkz. ERSOY, İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi, s. 82; Yazara göre, Kanun koyucunun umumi hizmet kavramını İmar Kanunu m. 11, 15 ve 18'e göre tanımladığı, dolayısıyla 18. maddede geçen "gibi" sözcüğünü "benzer" anlamında kullanmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, umumi hizmeti yorum yoluyla kanun metnine sokmak olanaklı değildir. Özetle, düzenleme ortaklık payları bu maddelerde sıralananların dışındaki hizmetler için kullanılamaz.

⁵² KOÇAK-BEYAZ, s. 167; ÜNAL; Erol, İmar Planlama Uygulama, Ankara, 1989, s. 36-37

olması durumunda ise bu miktarın %40'a düşürülmesi gerekir. Bunun için varsa düzenleme alanında belediyeye ait arsalar bu işe tahsis edilir. Bununda yetmemesi halinde belediyeye devrinde sakınca bulunmayan hazine veya özel idare mülkiyetindeki parsellerin meydan yol, park, yeşil saha, otopark, toplu taşıma istasyonu ve terminal gibi umumi hizmetlere rastlayan kısımların belediyeye devirleri sağlanır ve aynı maksada tahsisleri yapılır. Bununda yetmemesi halinde ise AADY m. 32'de belirtilen sıra gözetilerek kamulaştırma yapılır⁵³.

b-Umumi Hizmetler Dışındaki Hizmetlere Yönelik Arsa ve Arazi Düzenlemeleri (KOP Uygulaması)

aa-Kamu Tesis Arsalarına Tahsis Kavramı

3194 sayılı İmar Kanununda yer almamasına karşın, AADY m. 12 başlığında "kamu tesis arsalarına tahsis" kavramı yer almaktadır. Buna göre kamu tesis arsalarına tahsis, düzenleme sahasında bulunan okul, hastane, kreş, belediye hizmet veya diğer resmi tesis alanı gibi umumi tesislere ayrılan alanlara ait parsellerin, düzenlemeye giren parsellerin alanları oranında pay verilmek suretiyle hisselendirilmesi şeklinde tanımlanabilir⁵⁴.

bb-Kamu Ortaklık Payı (KOP)

İmar planlarının uygulanmasında isteğe bağlı uygulamalar yeterli olmamaktadır. Tevhid ve ifraz, yalnızca parsel bazında yapılaşma sorunlarını çözerken, kamulaştırma ise büyük finansman gerektirmektedir. Oysa düzenli kentler ve yapılaşma için imar planlarında hedeflenen fiziki ve sosyal kararların hayata geçirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda 18. madde yerel yönetimlerce veya valiliklerce düzenlemeye tabi tutulan yerlerin ihtiyacı olan Milli Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumları, yol, meydan, park, yeşil saha, genel otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan ve tescile tabi olmayan alanlar ile ibadet yeri, karakol yerleri ve ilgili tesislerin, hizmet edeceği bölge göz önünde bulundurularak, o bölgede düzenlemeye giren tüm parsellerin katkısı ile bu alanların kamu eline geçmesini sağlamaktadır⁵⁵.

Bununla birlikte kentin tüm sakinlerinin ihtiyaçlarının karşılanması için gerekli olan genel nitelikli kamu hizmet ve tesisleri üzerinde de imar planlarının uygulanması gerekmektedir. İşte, düzenleme yapılan alanlarda yol, meydan, park, yeşil alan, karakol gibi umumi hizmet alanlarının dışında resmi kurum ve kuruluşlar için ayrılması gereken yerlere ilişkin düzenleme sahasında bulunan parsellerden DOP haricinde alınan pay miktarına "kamu ortaklık payı" (KOP) denilmektedir. Buna göre, AADY m. 12 hükmü

⁵³ KARAVELİOĞLU, Celal, Açıklamalı-Uygulamalı-İçtihatlı İmar Kanunu, Cilt I, Ankara, 2007, s. 686-687

⁵⁴ AADY m. 12

⁵⁵ AKÇEŞME, s. 68

incelendiğinde burada sayılan “okul⁵⁶, hastane, kreş, belediye hizmet veya diğer resmi tesis alanı” gibi yerler 3194 sayılı İmar Kanunu ve AADY’nin çeşitli maddelerinde ifadesini bulunan “umumi hizmet” lere ayrılan alanlardan farklı olduğu görülmektedir. Bu bağlamda AADY’de örnek olarak sayılan ve KOP ile oluşturulacak yerler, düzenleme alanlarının ihtiyaçlarını aşan genel nitelikli resmi bina ve tesislere tahsis edilecek alanların temin edilmesine yöneliktir⁵⁷. Bu nedenle semt spor alanları düzenleme ortaklık payından karşılanmasına karşın bölgesel spor alanları kamu ortaklık payından karşılanmaktadır.

* Danıştay 6. Dairesinin 14.04.2004 tarih,

2002/6584 Esas, 2004/2274 Karar sayılı kararı;

“.....Bir alanın kamu tesis alanı olması halinde AADY m. 12’ye göre, umumi hizmet alanı olması halinde ise AADY m. 4 uyarınca düzenleme ortaklık payı ile oluşturulması gerekmektedir.....”

“.....Dava konusu olayda da planlarda gösterilen spor alanının semt spor alanı olması halinde düzenleme ortaklık payından karşılanması, bölgesel bir spor alanı ve tüm kente hizmet verecek bir kamu tesis alanı olması halinde ise kamu ortaklık payı ile oluşturulması gerektiği sonucuna ulaşıldığından....”

Kamu ortaklık payı (KOP) ile düzenleme ortaklık payı (DOP) birbirinden bağımsız ve anlamları farklı oranlardır⁵⁸. AADY m. 12 hükmü ile, mülga 6785 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelik uygulamalarında yaşanan sıkıntılara çözüm bulunmak amaçlanmıştır. Gerçekten de önceki uygulamaya göre, bu sahalarda hangi kadastro parseline rastlamışsa ilgisinin bağış yapması veya ilgili kurum tarafından kamulaştırma yapılması gerekmekte idi. İlgisinin bağış yapmaması veya ilgili kurum tarafından kamulaştırma yapılamaması halinde ise parsel maliki mağdur duruma düşmekte⁵⁹, bu durum da sosyal adalet ilkesine uymamakta idi⁶⁰. Bu nedenle AADY m. 12 hükmünün yenilik getiren bir hüküm olduğu kabul edilmektedir⁶¹.

Kamu tesis arsalarına tahsis uygulaması, bir kesinti değil, bir dağıtım ölçütüdür. Bahse konu tesisler düzenleme sahasına giren tüm taşınmaz sahiplerine hizmet vereceği kabul edildiğinden, bu uygulama ile imar parseli olarak ayrılan ya da birleştirilen taşınmazların sahiplerine yalnızca bu yerlerden pay vererek onların mağdur olmalarına neden olmak yerine, bu

⁵⁶ 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 5006 sayılı Kanunla değişik 18/3 maddesine göre Milli Eğitim Bakanlığı’na bağlı ilk ve ortaöğretim kurum yerleri DOP ile karşılanacağından artık kamu tesis alanlarına katılım payından (KOP’dan) karşılanmayacaktır.

⁵⁷ KALABALIK, İmar Hukuku Dersleri, s. 226, 350

⁵⁸ GÜLTEKİN, s. 167

⁵⁹ KOÇAK-BEYAZ, s. 207; ÜNAL, s. 37

⁶⁰ ERSOY, İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi, s. 96

⁶¹ KOÇAK-BEYAZ, s. 207

yerlerin düzenlemeye giren tüm taşınmaz sahiplerini DOP sonrası payları oranında hisselendirilmesi sağlanmaktadır⁶².

* Danıştay 6. Dairesinin 18.12.1996 tarih,
1996/532 Esas, 1996/5842 Karar sayılı kararı;

“Ankara 1.İdare Mahkemesinin 21.9.1995 günlü, 1995/1138 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu öne sürülerek bozulması istenilmektedir.

Dava, davacıya ait ... ili, ... ilçesi, ... parsel sayılı taşınmazında içinde bulunduğu alanda yapılan parselasyon işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; Mahallinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapor ile dosyada yer alan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden; davacıya ait ... sayılı parselin bulunduğu alanın imar planında ilkokul, park, otopark ve yol olarak ayrıldığı, bu plan gereğince yapılan parselasyon işlemi sonucunda taşınmazdan % 35 oranında düzenleme ortaklık payı alındıktan sonra geriye kalan alanın imar planındaki amaca tahsis edildiği, böylece davacının taşınmazının tamamının kamu hizmet alanına ayrıldığı, 3194 sayılı Yasanın 18. maddesi Uygulama Yönetmeliğinin 12. maddesi gereğince, kamu hizmet alanları o bölgeye hizmet edeceğinden, o bölgede düzenlemeye giren tüm parsellerin alanları oranında hisselendirilmesi suretiyle oluşturulması gerekirken yapılan uygulama sonucunda davacıya ait taşınmazın tamamının kamu hizmet alanında bırakılmasında mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idareler tarafından temyiz edilmiştir. Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Ankara 1.Mahkemesinin 21.9.1995 günlü, 1995/1138 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının **ONANMASINA**, karar verildi.”

Kamu ortaklık payının düzenleme ortaklık payından farkı kamu ortaklık payının kamuya bedelsiz olarak değil, bir bedel karşılığında terk edilmesidir. Buna göre KOP uygulaması sonucunda, düzenleme alanındaki tüm taşınmaz sahipleri, hisseleri oranında, söz konusu kamu hizmet tesis alanında hisse sahibi olmakta ve kamulaştırma yapıldığında kendilerine bedel ödenmektedir⁶³.

⁶² SARI, Nevzat İhsan, İmar Uygulamalarında Kamu Ortaklık Payı (KOP) Sorunu ve Öneriler, (www.tasinmazmulkiyeti.org.tr) ; Bu uygulama ile belediye ve valilikler, anayasada ifadesini bulan sosyal adalet ve eşitlik ilkeleri doğrultusunda uygulama yapmaya zorlanmaktadır.

⁶³ ERSOY, İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi, s. 96

cc-Kamu Ortaklık Payı (KOP) Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar

aaa-Kamu Ortaklık Payının (KOP) Kanunda Düzenlenmemesi Sorunu

3194 sayılı İmar Kanunu m. 18/2'de, düzenlemeye giren parsellerden % 40 oranında düzenleme ortaklık payı alınacağı, %40'ı geçen miktarın ise kamulaştırma ile karşılanacağı belirtilerek, başkaca bir miktardan söz edilmemiştir. Bununla birlikte AADY m. 12'de, kanunda belirtilmemesine rağmen kamuya hizmet veren kurumlar için “*kamu tesis arsaları hissesi*” ifadesine yer verilmiştir⁶⁴. Bu durum ise kanun ile öngörülme-yen kamu ortaklık payının Anayasa m. 124 karşısında düzenlenemeyeceği ve bu nedenle kanuna aykırı olduğu eleştirilerine neden olmaktadır⁶⁵.

bbb-Hesaplama ve Dağıtımdan Kaynaklanan Sorunlar

AADY m. 12'de Kamu Ortaklık Payı (KOP) oranı ve hesaplama şekli belirlenmemiştir. Bununla birlikte, uygulamada, imar planı uygulamasına esas düzenleme işlemlerinden önce DOP'a esas kamuya ayrılan alan miktarının düzenlemeye giren kadastral parsel toplamına bölünmesi ile Düzenleme Ortaklık Payı Oranı (DOPO) hesaplanarak taşınmaz sahiplerinin bedelsiz olarak kamuya terk edecekleri arazi oranı belirlenmekte, daha sonra ise DOP hesabına girmeyen kamuya ayrılan alanların yine düzenlemeye giren kadastral parsel toplamına bölünmesi ile Kamu Ortaklık Payı Oranı (KOPO) hesaplanmaktadır⁶⁶.

Bununla birlikte öğretide⁶⁷; uygulamada düzenlemeye giren parsellerden ilk önce DOP kesilerek sonrasında ise kalan alan üzerinden kamu hizmet tesisi arsaları için ayrılan parsellere tahsis yapılması ve DOP hesabının da, uygulamaya giren taşınmazların yüzölçümlerinin tamamı üzerinden yapılmasının, kamu ortaklık payının ileride kamulaştırılacak hisseler olması ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18/5 maddesinin “*herhangi bir parselden bir miktar sahanın kamulaştırılmasının gerekmesi halinde düzenleme ortaklık payının, kamulaştırmadan arta kalan saha üzerinden ayrılması*” gerektiği yönündeki hükmü karşısında hukuka aykırı olduğu savunulmakta, buna göre, DOP hesabının da, DOP alınacak taşınmazların kamulaştırılan veya ileride kamulaştırılacak olan alanları dışındaki yüzölçümleri toplamı üzerinden yapılması gerektiği ileri sürülmektedir.

ccc-Tescil Sonrasında Karşılaşılan Sorunlar

Yukarıda da değinildiği üzere, kamu ortaklık payı ile oluşturulan kamu tesis arsaları, hisseleri oranında düzenlemeye giren taşınmaz sahipleri adına plandaki kullanım amacına uygun vasfıyla tescil edilirler. Bundan sonraki aşamada ise ilgili kamu kurum ve kuruluşları bahse konu taşınmazları

⁶⁴ AYYILDIZ, Selda, 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 18. Madde Uygulamaları ve Karşılaşılan Sorunlar: Yenimahalle-Ankara Örneği, Zonguldak, 2010, s. 80

⁶⁵ KÖKTÜRK, s. 11 vd.

⁶⁶ ERSOY, İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi, s. 96

⁶⁷ SARI, KOP Sorunu ve Öneriler, (www.tasinmazmulkiyeti.org.tr)

kamulaştırma yoluyla elde ederler⁶⁸. AADY m. 12’de kamulaştırmadan söz edilmemekte ise de⁶⁹, KOP ile temin edilecek alanların ancak kamulaştırma yolu ile elde edilebileceği kabul edilmektedir⁷⁰.

Bununla birlikte uygulamada kamu kurum ve kuruluşlarının kamulaştırma işlemlerini yapmamaları veya çok geç yapmaları nedeniyle bu parsellerde hissesi bulunan vatandaşların mağduriyetlerine ve bir anlamda da mülkiyet haklarının kısıtlanmasına sebebiyet verildiği görülmektedir. Gerçekten de hukukumuzda, KOP uygulamasıyla elde edilen taşınmaz hisselerinin ivedilikle kamulaştırılmasını ön gören ve bu yönde kamu kurum ve kuruluşlarını zorlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum ise, idareler açısından keyfiliğe yol açmakta ve vatandaşların mülkiyet hakkı, sosyal adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı olarak sınırsız süre kısıtlanmasına sebebiyet vermektedir⁷¹.

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Kamu tesisi arsaları üzerinde imar planı uygulamaları ve karşılaşılan sorunlar başlıklı çalışmamızda öncelikle imar planı kavramı ve türlerinden bahsettik, sonrasında ise imar planı uygulama yöntemlerini açıklamaya çalıştık. Bu kapsamda ilk olarak kamulaştırma ile ifraz ve tevhide akabinde ise arsa ve arazi düzenlemesi konusuna değindik.

İmar Kanunu’nun 18. maddesi uygulaması olarak bilinen arsa ve arazi düzenlemeleri genellikle düzenleme ortaklık payı (DOP) ile yerine getirilmektedir. Bununla birlikte düzenleme ortaklık payı (DOP) ile karşılanamayan bazı genel nitelikteki kamu hizmetleri ise bizim de asıl inceleme konumuz olan kamu ortaklık payı (KOP) ile yerine getirilmektedir.

Çalışmamız sırasında açıklandığı üzere 3194 sayılı İmar Kanunu’nda bahsedilmeyerek AADY m. 12’de düzenlemeye konu olan ve fakat burada da oranı ve hesaplama şekli belirlenmeyen kamu ortaklık payı bahse konu bu eksikliklerine rağmen imar planı uygulamasında büyük kolaylık sağlamaktadır. Gerçekten de kamu tesis arsalarının kamulaştırılması ile ilgili olarak, bu tesislerden yararlanacak olan tüm taşınmaz sahiplerinin eşit oranlarda kamulaştırılacak alanlarda pay sahibi yapılması, Anayasa’nın temel ilkelerinden olan sosyal adaletin sağlanmasına olanak sağlamaktadır⁷².

Bununla birlikte kamu ortaklık payı öncelikle 3194 sayılı İmar Kanununda yer alması gerekmektedir. Ayrıca kamu tesis arsaları hisselerinin, kadastral parsellerden düzenleme ortaklık payı da alındıktan sonra imar parsellerine ayrılan miktardan alınacağı hususu açıklığa

⁶⁸ SARI, KOP Sorunu ve Öneriler, (www.tasinmazmulkiyeti.org.tr); GÜLTEKİN, s. 167; Kentleşme Şurası, Kentsel Dönüşüm, Konut ve Arsa Politikaları Komisyon Raporu 3, Ankara, 2009, s. 17

⁶⁹ KALABALIK, İmar Planlarının Uygulanmasında Kamulaştırma-Kısıtlılık İlişkisi ve Karşılaşılan Sorunlar, Sakarya Barosu Dergisi, Yıl: 2008, Sayı: 1, s. 52

⁷⁰ ÇABRİ, Sezer, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, İstanbul, 2005, s. 92

⁷¹ SARI, KOP Sorunu ve Öneriler, (www.tasinmazmulkiyeti.org.tr)

⁷² ERSOY, İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi, s. 96

kavuşturulmalı, bu kamu tesis arsalarının hisse oranı ve hesap şekli de yönetmelikte belirlenmelidir⁷³.

Diğer taraftan, uygulamada kamu kurum ve kuruluşlarının kamulaştırma işlemlerini yapmamaları veya çok geç yapmaları nedeniyle bu kamu tesis arsalarında hissesi bulunan vatandaşların mağduriyetlerini ortadan kaldırmak adına kamu kurum ve kuruluşlarının makul sürede kamulaştırma yapmasına olanak tanıyacak düzenlemelerin hayata geçirilmesi sağlanmalı⁷⁴, ayrıca genel nitelikli kamu tesis arsalarının sadece kamulaştırma usulü ile karşılanması yönündeki eksiklik⁷⁵ giderilerek diğer taşınmaz edinme usullerinin de uygulamaya konulması sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKÇEŞME, Halil**, İmar Planlarının Uygulanmasında ve Kentsel Rantın Kamuya Aktarılmasında Kullanılan Araçlar-18. Madde Uygulaması, Ankara, 2006
- AYYILDIZ, Selda**, 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun 18. Madde Uygulamaları ve Karşılaşılan Sorunlar: Yenimahalle-Ankara Örneği, Zonguldak, 2010
- ÇABRİ, Sezer**, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, İstanbul, 2005
- ERGEN, Cafer**, Arazi ve Arsa Düzenlemeleri, Ankara, 2006
- ERGEN, Cafer**, İmar Planları, Ankara, 2006
- ERSOY, Melih**, "İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi" Mekan Planlama ve Yargı Denetimi, (Derleyenler: ERSOY, Melih-KESKİNOĞLU, H. Çağatay), Ankara, 2000, s. 72-98
- GÜLTEKİN, Turgay**, Gayrimenkul Bilgi Bankası, İstanbul, 2008
- KALABALIK, Halil**, İmar Hukuku (Planlama, Arsa, Yapı, Koruma), Ankara, 2002
- KALABALIK, Halil**, İmar Hukuku Dersleri, Ankara, 2009
- KALABALIK, Halil**, İmar Hukukunda İfraz ve Tevhit Yöntemi ve Karşılaşılan Sorunlar II, Yerel Siyaset Dergisi, Yıl: 2008, Sayı: 30, s. 71-79
- KALABALIK, Halil**, İmar Planlarının Uygulanmasında Kamulaştırma-Kısıtlılık İlişkisi ve Karşılaşılan Sorunlar, Sakarya Barosu Dergisi, Yıl: 2008, Sayı: 1, s. 35-89
- KARABATAK, Rüstem-ÖZDAL, Mehmet**, İmar Hukuku (İmar Terimleri Sözlüğü ile İlişkilendirilmiş Yargı Kararları Işığında), Ankara, 2005
- KARAVELİOĞLU, Celal**, Açıklamalı-Uygulamalı-İçtihatlı İmar Kanunu, Cilt I, Ankara, 2007
- KENTLEŞME ŞURASI**, Kentsel Dönüşüm, Konut ve Arsa Politikaları Komisyon Raporu 3, Ankara, 2009
- KOÇAK, Hüseyin-BEYAZ, Metin**, İmar Uygulamaları, Ankara, 2007
- KÖKTÜRK, Erdal**, İmar Planı Uygulamalarında Karşılaşılan Sorunlar ve Kavramlaşma, 6. Harita Kurultayı (3-7 Mart 1997), TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası Yayını, Ankara, 1997, s. 11-34

⁷³ NİKES, Şebnem, 3194 Sayılı İmar Kanununun 18'inci Maddesi Uyarınca Yapılan Arsa ve Arazi Düzenlemelerinde Karşılaşılan Sorunlar, G.Ü. Fen Bilimleri Dergisi, Yıl: 2003, Sayı: 16, s. 765-766; AYYILDIZ, s. 81, AKÇEŞME, s. 85

⁷⁴ SARI, KOP Sorunu ve Öneriler, (www.tasinmazmulkiyeti.org.tr)

⁷⁵ KALABALIK, İmar Planlarının Uygulanmasında Kamulaştırma-Kısıtlılık İlişkisi, s. 53

KÖKTÜRK, Erol-KÖKTÜRK, Erdal, Arsa Düzenlemelerinin Hukuksal Dayanağı, TBB Dergisi, Yıl: 2007, Sayı: 70, s. 260-283

KÖKTÜRK, Erol-KÖKTÜRK, Erdal, Eşdeğerlik İlkesine Dayalı Arsa Düzenlemesinde Taşınmaz Değerlerinin Belirlenmesi, hkm Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi Dergisi, Yıl: 2009, Cilt: 2, Sayı: 101, s. 10-17

MESŞUR, Mehmet Çağlar, Arazi ve Arsa Düzenlemesi Yaklaşımlarının Kentsel Mekan Oluşumu Üzerindeki Etkileri; Konya Kenti Örneği, Konya, 2004

NİKES, Şebnem, 3194 Sayılı İmar Kanununun 18'inci Maddesi Uyarınca Yapılan Arsa ve Arazi Düzenlemelerinde Karşılaşılan Sorunlar, G.Ü. Fen Bilimleri Dergisi, Yıl: 2003, Sayı: 16, s. 759-767

SANCAKTAR, Oğuz, Belediyenin İmar Planını Yapması- Değiştirmesi ve İptal Davası, Ankara, 1996

SARI, Nevzat İhsan, İmar Uygulamalarında Kamu Ortaklık Payı (KOP) Sorunu ve Öneriler, (www.tasinmazzmulkıyeti.org.tr)

SEVİNÇ, Semahat, 18. Madde Düzenleme Sınırları İmar Planı Tasarımı Aşamasında Belirlenmelidir, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile Belediyeler Dergisi, Yıl: 1991, Sayı: 11, s. 38-41

TAZEGÜL, İsmail, İmar Mevzuatının Uygulanması ve Kent Planlaması Bakımından Kazanılmış Haklar Sorunu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 2010, Cilt: 1, Sayı: 3, s. 163-194

TAZEGÜL, İsmail, Kent Ölçekli Planlama ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Adalet Dergisi, Yıl: 2010, Sayı: 36, s. 122-141

TAŞCI, Levent, Elazığ İli Kent Planlaması ve İmar Uygulamaları Üzerine Bir Araştırma, Elazığ, 1996

TÜRK, Celil-TÜRK, Şevkiye Şence, Hukuki ve Teknik Boyutları ile Arazi ve Arsa Düzenlemesi, İstanbul, 2006

TÜRK, Şevkiye Şence-ÜNAL, Yücel, Arazi ve Arsa Düzenlemesi Metoduna İlişkin Olumsuz Önyargı, İTÜ Dergisi, Yıl: 2003, Cilt: 2, Sayı: 1, s. 111-118

ÜNAL; Erol, İmar Planlama Uygulama, Ankara, 1989

YILDIZ, Ferruh, İmar Bilgisi Planlama Uygulama Mevzuatı, Ankara, 2006

YOMRALIOĞLU, Tahsin, Arsa ve Arazi Düzenlemesi Çalışmalarında Bilgisayardan Yararlanma, Trabzon, 1988

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE LİMİTED ŞİRKETLERDE YÖNETİM VE TEMSİL

Canan KÜÇÜKALİ*

GİRİŞ

Ülkemizin Avrupa Birliği'ne tam üyeliğe aday ülke konumunda olması ve müzakerelere başlanması sonucu, AB üyesi ülkelerin kanunlarına uyum sağlama ve yeniliklere ayak uydurma amacıyla Türk Ticaret Kanunu'nun değiştirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Çiçeği burnunda diyebileceğimiz Yeni Türk Ticaret Kanunu¹ ile limited şirketlerin yapısında da köklü değişiklikler yapılmakta, azınlık ve ferdi pay sahiplerine sağlanan koruma hakları arttırılmakta limited şirketler daha çok sermaye şirketi niteliğine büründürülerek, şahıs şirketi niteliğinden uzaklaştırılarak anonim şirketlere yaklaştırılmakta, tercih edilebilir olması amaçlanmaktadır. Buna karşılık limited şirketin karma yapısına uygun düşen ve şahıs şirketlerine has bazı hükümleri korunmaktadır. Limited şirketlerin yönetsel yapısında da profesyonelleşmeye fırsat veren seçilmiş organ sistemi ile yürürlükteki Kanun'dan farklı bir yapı düşünülmektedir.

Bu çalışmamızda yürürlükteki TTK ve YTKK. hükümleri ışığında limited şirketlerdeki idari yapı ve bu yapıya getirilmek istenen yenilikler incelenmiştir.

I.TTK'DA LİMİTED ŞİRKETLERİN YÖNETİM VE TEMSİLİ

Türk Ticaret Kanunu'nun 503 – 556. maddeleri arasında düzenlenen Limited şirketler, iki veya daha fazla hakiki veya hükmi şahıs tarafından bir ticaret unvanı altında kurulan, ortaklarının sorumlulukları, koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı ve esas sermayesi muayyen olan bir ortaklık şeklidir. TTK m. 540 gereğince şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile yetkili ve buna mecburdur. Şirketin yönetim ve temsili ortaklar kuruluna bırakılmış olup, temsil müdürler vasıtasıyla gerçekleşir. Şirket sözleşmesi veya genel kurul kararı ile idare ve temsil ortaklardan bir veya

* *Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi Üye Hakimi*

¹ 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu R.G. 14.02.2011 , S: 27845 , Kanunu'un 1534. Maddesi gereğince Kanun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

birkaçına bırakılabilir. Kuruluştan sonra şirkete giren ortaklar, genel kurul kararı olmadıkça, idare ve temsil yetkisine sahip ve mecbur değildirler².

Yetkilerini kurul halinde kullanan, görev ve yetkileri Kanun yahut şirket sözleşmesi ile belirlenen ve ortaklığın yönetim ve temsil organı olan idare heyetinin bulunmaması fesih nedenidir³. Anonim şirketlerden farklı olarak limited şirketlerde ortakların şirketi yönetim ve temsil hak ve görevleri vardır. Bu yetkiler ortaklardan birine veya birkaçına veya üçüncü bir kişiye bırakılmadığı sürece tüm ortaklar birlikte şirketi yönetir ve temsil eder. Yönetim ve temsil kolektif şirketlere benzemektedir. Fakat kolektif şirketin aksine limited şirketlerde aksi kararlaştırılmadığı takdirde ortaklar birlikte yönetim ve temsil hak ve yükümlülüğüne sahiptir. TTK m. 160, kolektif şirketlerde, ortakların herbiri ayrı ayrı şirketi idare hak ve vazifesini, sözleşme veya ortakların çoğunluğu kararıyla, ortaklardan bir veya birkaçına yahut hepsine verilebileceği, m. 161 ise sözleşme ile idare işleri bir ortağa verilmişse, diğer ortaklarca sınırlanamayacağı ve azlolunamayacağı, ancak vazifenin yerine getirilmesinde basiretsizlik, ağır ihmal veya idarede iktidarsızlık gibi haklı sebeplerin varlığında ortaklardan birinin talebi ile mahkeme kararı ile bu hakkının sınırlandırılması veya azlinin mümkün olduğunu düzenler.

A.YÖNETİM

Yönetim, şirketin konusunu gerçekleştirmeye yönelik her türlü kararı, önlemi, faaliyeti ve işlemi kapsar. Yönetim içerde karar alma, dış ilişkide yürütme ile ilgilidir. Şirkette dış ilişkide yürütme yani şirketin temsilini ifade eder. Şirkette bazı müdürlerle sadece idare hakkı verilirken, bazı müdürlerle temsil yetkisi verilebilir. Her ikisine sahip müdürden bunlardan biri geri alınabilir⁴. Şirketin yönetimi bölünebilir, sınırlandırılabilir.

Limited şirketlerde yönetimde oybirliği şarttır. Kurucu ortaklar özden organ sistemini kabul ederken birbirlerini tanımakta, yani yönetim hakkına ve temsil yetkisine sahip olacaklarını bilmektedirler. Oysa yeni ortak miras veya cebri icra yolu ile geldiğinde, kim olduğu bilinmeyen bu kimseye de bu hak ve yetkinin otomatik olarak verilmesi doğru olmaz. Sözleşme yeni ortağa bu hak ve yetkiyi tanıdığı takdirde ayrıca karar almaya gerek yoktur⁵. Doktrin kanuni düzenin varlığında ortakların işbölümü yapabileceklerini, bu

² DOĞANAY, İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. II, 4. Bası, Beta 2004, s. 1378, 1379, 1469; YILDIZ, Şükrü, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku*, Arıkan Yayınevi, s. 244; ERMAN, Eyüp Sabri, "Limited Şirketlerde Teşkilat, Yönetim ve Sorumluluk", *Yargıtay Dergisi*, C.I. S. 4, s. 49; TEKİL, Fahman, *Limited Şirketler ve Kooperatifler Hukuku*, s.12, 45, 46.

³ DOĞANAY, age., C. II, s. 1468; BAHTİYAR, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Beta, s. 118.

⁴ POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, s. 958, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2009.

POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, age., s. 958.

⁵ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, age., s. 955, 956.

durumda da birlikte yönetimden doğan sorumluluk ilkesinin var olduğu ve ortakların birbirinin kararlarına müdahale edebileceklerini belirtir⁶.

B.TEMSİL

TTK m. 542, müdürlerin temsil yetkisi hususunda, anonim şirketlere dair m. 321 hükümlerinin uygulanacağını düzenler. Madde, temsile yetkili olanların şirketin konusuna dahil olan iş ve hukuki işlemleri şirket adına yapma ve şirket unvanını kullanma hakkına sahip olduğunu belirtir. Kanuni düzenlemenin aksi de kararlaştırılabilir. Temsil ve yönetim belli kişi veya kişilere verilebilir. Bu durumda her ortak tek başına karar alabilir. Temsil yetkisi varsa kullanabilir. Yönetimde ortaklar işbölümü yapabilecekleri gibi temsilde çift imzayı kabul edebilirler. Özden organ sisteminden genel kurul kararı veya ortaklık sözleşmesi ile vazgeçilerek, anonim şirketlerdeki gibi seçimle yönetici ve temsilci belirlenebilir. TTK. m. 541 hükmünce ortak olmayan müdürlerin yetki ve sorumlulukları hakkında ortak olan müdürlere ait hükümler uygulanır.

Şirketi birlikte idare ve temsil eden ortaklardan birine belli konuya ilişkin vekalet verilebilir⁷. Şirketin temsili konusundaki yetkilerin bir vekaletname ile üçüncü kişi ya da kişilere devredilmesi müdürlerin vekil sıfatı ile şahsen görme borçlarına aykırılık oluşturur⁸. Şirkette genel vekaletin, temsilde mümkün olduğu ve kabul olunabileceği savunulmaktadır. Doktrin pasif temsilde birlikte temsilin mümkün olmadığını belirtir⁹.

II.6102 SAYILI KANUN'DAKİ DÜZENLEMeye GÖRE LİMİTED ŞİRKETLERDE YÖNETİM VE TEMSİL

Limited şirketlerin yönetim ve temsili YTTK'nda m. 623-633 arasında düzenlenmiştir. Kanun'un 6. Kısım 4. Bölümünde limited şirketin organları sayılmış, genel kurulun ardından yönetim ve temsil başlığı altında I nolu başlıkta müdürler düzenlenmiştir. YTTK m. 135 hükmü de, limited şirketlerde yönetim organının, müdür veya müdürleri ifade ettiğini belirtir.

YTTK'da genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki işlev ayrılığı belirginleştirilmiş ve yönetim hakkını tüm ortaklara verme yerine, seçilmiş yönetim düzeni kabul edilmiştir. Şirket organlarının yetkileri açıkça gösterilmiş, şirketin yönetim ve temsiline şirket sözleşmesiyle düzenlenebileceği kabul edilmiştir. TTK'daki birlikte temsil kuralı terk edilmiştir¹⁰. Şirketin yönetimi, sözleşme veya genel kurul kararı ile bölünüp sınırlandırılabilir. İsviçre kanunkoyucusuna limited şirketin bir anlamda sınırlı sorumlu bir kolektif şirket gibi mütalaa edilmesi modern

⁶STEİGER, GMBH, m. 811 N. 15; Janggen/BECKER, m. 811 N.7 naklen

POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, age., s. 956.

⁷ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, age., s. 956.

⁸ TEOMAN, "Anonim Ortaklığın Temsili", s. 84.

⁹Steiger, GmbH, m. 811 N. 18; Janggen/Becker, m. 711 N. 6, naklen POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, age., s. 956.

¹⁰ YILDIZ, age., s. 244; YILDIZ, Şükrü, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Limited Şirkete İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", YÜHFD C. II, S. 1, s. 451, Y. 2005.

öğretide taraftar bulmamış, limited şirketi kollektif şirkete yaklaştırmamanın şirketleşme politikasına uymadığı düşünülerek, profesyonelleşme amacı ile seçilmiş yönetim organı sistemi getirilmek istenmiştir.

YTTK'nın 623. maddesinin gerekçesinde, “Yapısı sermayeye dayalı olan şirketlerde, bu şirket kişisel öğeler taşısa da, yönetim, ortaklara kanunen bir hak ve yüküm olarak bırakılmaz, seçilmiş, ortak olan veya olmayan kişilere ait olmalıdır. İsviçre öğretisinde üçüncüden organ diye Türkçeye çevireceğimiz bu sistem, hem üçüncü kişinin de organa seçilebileceğini hem de ortağa bu görevin seçimle verildiğini ifade eder. Sistem, seçilen yönetim organında organ ilişkisi ile borçlar hukuku ilişkisinin birbiri içinde olduğu görüşünü savunur ve bu sebeple Alman öğretisinden ayrılır. Şirket sözleşmesi özden organ sistemine uygun olarak düzenlenebileceği gibi ortaklık sıfatının sonucu olmayan bir yönetime de yer verebilir.” denilerek asıl kuralın seçim olduğunu, müdürlerin şirket ortakları dışından da seçilebileceğini belirtmektedir¹¹.

A. MÜDÜRLER

Şirketin kuruluş başvurusu tüm müdürlerce imzalanır. YTTK m. 637 gereği şirketin sona ermesinde de; bu sona erme, iflas veya mahkeme kararından başka bir sebeple meydana gelmişse müdürün, birden fazla müdür varsa en az ikisinin, ticaret siciline tescil ve ilanı yaptırması gerekir.

Limited şirketlerde idare ve temsil yetkisine sahip ortak veya ortak olmayan kişiler müdür olarak adlandırılır. YTTK m. 623, şirket yönetiminin en az biri ortak olmak üzere müdür veya müdürlere bırakılabileceğini düzenlemiştir. Kanun özden yönetim ilkesini bırakarak sözleşme ile atanma kriterini getirmiştir. YTTK m 623 f. 1 “*şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir.*” hükmü ile TTK m. 540 düzenlemesinin aksini vurgulamak istercesine bir düzenleme yapılmış, Kanun'un bu hükmündeki cümle, amacını aşan bir cümle olmuştur. Çünkü sözleşme ile düzenleme şirketin kuruluş safhasında geçerlidir. Kuruluş sonrasında şirketin tüzel kişilik kazanması ve organların oluşması ile genel kurul, YTTK m. 616 f.1 (b) gereği müdürlerin atanması ve görevden alınmaları konusunda yetkilidir. Bu yetki genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır. Bu karar olağan kararlardan olup toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alınır. Şirket sözleşmesi ile farklı çoğunluk aranabilir. Maddeye, genel kurulun da seçiminin işlenmesi gerekirdi.

TTK'nın ilke olarak “*şirketin ortaklarca yönetim ve temsil*” düzenlemesinin küçük ölçekli bir şirket türü olan bu şirketlerde ortakları şirket yönetiminde titiz davranmaya ve daha özenli bir yönetim gerçekleştirmeye sevkedeceği düşünüldüğünde, 6102 sayılı Kanun düzenlemesinin yerinde olmadığı kanaatindeyim. Kaldı ki, TTK'nın düzenlemesinde de ortak olmayan müdür şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla ile getirilebilmektedir.

¹¹ Gerekçede özden yönetim ilkesinin şirketi şahıs şirketi sınıfına sokacağı ve bunun sonucu da limited şirketi kollektif şirkete yaklaştırmaya şirketleşme politikasına uymayacağı, yönetimde profesyonelleşmenin ihtiyaçlara daha iyi cevap vereceği belirtilir. YTTK Gerekçesi s. 226.

YTTK ile tümüyle anonim şirketlere yaklaştırılan limited şirketlerde, mevcut düzenlemedeki gibi müdürlere yer verilmesinin sebebi de anlaşılamamaktadır. YTTK anonim şirkete ilişkin yönetim kurulunu düzenlemiş ve limited şirketler için de m. 644 atfı ile anonim şirkete ait düzenlemelerin uygulanacağını belirtmiştir. YTTK'nda yönetim, sorumluluk, fesih ve yönetim kurulu kararlarının butlanına ilişkin, anonim şirket hükümlerinin geçerli olduğu düzenlendiğinden, ayrıca m. 629'un atfı ile temsil yetkisinin kapsam ve sınırlandırılması hakkında da anonim şirket hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden, anonim şirketin hemen hemen aynı olan şahıs şirketliğinden arındırılmış bu şirket tipinde de, anonim şirketlerle aynı düzenleme yapılabilirdi.

Şirketi temsil edecek imzalar genel kurul tarafından tespit, tescil ve ilan olunur. Şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla yönetim ve temsilin bırakıldığı kimselerin yetki ve sorumlulukları hakkında da ortak olan müdürlere ait hükümler uygulanır¹². YTTK m 629 f. 1 delaletiyle m. 372 hükmü, Kanun'un 544. maddesindeki düzenlemenin tekrarı olup müdürler işlemlerinde şirketin unvanı ile birlikte imzalarını kullanmak zorundadır¹³.

YTTK m. 629'un atfı ile m. 370 gereği şirket sözleşmesinde farklı bir düzenleme olmadığı takdirde çifte imza kuralı geçerlidir. Çünkü imzaya yetkili olanların belirlenmesi ve imza şekli anonim şirketlerdeki gibidir. Kanun'un 586 maddesine göre de şirketin kimin tarafından temsil edileceği, ticaret siciline tescil esnasında belgelenmesi gerekir. Bu belirtilmemişse müdürlerden herhangi ikisi birlikte ortaklığı temsil edebilir. Sözleşme ile müdürlerin tümünün veya biri yahut birkaçının temsile yetkili olacağı belirlenebilir. Şirket tek müdüre sahipse o kişi temsile yetkilidir¹⁴.

6102 Sayılı Kanun anonim şirketlere ilişkin toplantı yeter sayısını limited şirketlerde öngörmemiştir. Madde 390 Anonim Şirketlerde üye tam sayısının

¹² PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Temel Esaslar, Güncelleşmiş 8. Baskı, Karahan Kitabevi*, s. 527,528; *Temsil yetkisi konusunda ortak olmayan müdürler konusunda doktrinde şirketin organı olup olmadığı hususunda tartışma mevcuttur. Doktrinde ortak olmayan müdürlerin şirketin organı olmadığı ticari mümessil olduğu doktrinde ileri sürülmekte idi. Domanıç ve Eriş'in organ olmayıp ticari mümessil oldukları, Poroy ise tayin ile organ sıfatını kazandıkları şirketle aradaki ilişkinin hizmet veya vekalet olmasının önemli olmadığı ve TTK 545'deki ticari mümessil ve vekiller hakkında düzenlemenin bu görüşü desteklediğini belirtmektedir, DOMANIÇ/ARSLANLI, age., s. 662, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, age., s. 959; ERİŞ, age., 1576.*

¹³ "Çeki ayrıca kendi adına da ciro ettiği hususunda çekte bir kayıt bulunmadığından bu durumda ciro imzasının Limited şirketi adına atıldığının kabulü gerekir. Ancak, cirodaki imza temsile yetkili organın imzası değil ise veya yetkili temsilci tarafından atılmamış ise bu ciro tüzel kişiyi bağlamayacağından kişi şahsen sorumlu olur." 12. HD E:2005/11929 K:2005/15797 T:15.07.2005; Daire başka bir kararında "Takibe konu bononun K. D. tarafından düzenlenmiş olduğu ve bonoda şirket kaşesinin de bulunmadığı görülmektedir. Bu durumda, dava konusu senedin davacı şirketi temsile yetkili kişinin imza ve şirket kaşesini taşımadığından, davacı şirketin anılan senetten sorumlu olmayacağı gözetilmeden, yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru değildir." Şeklinde karar verilmiştir. 11. HD, 1998/6026 E, 1998/7741 K, 12.11.1998 T. www.meseuyazilim.com, Erişim Tarihi: 12.11.2009.

¹⁴ YILDIRIM, Ali Haydar, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu*, s. 115, İzmir Güncel Yayınevi 2008.

çoğunluğunu aramaktadır. Limited şirketlerde ise m. 624 f. 3'e göre birden fazla müdür bulunduğunda bunlar çoğunlukla karar alırlar.

1. Müdürlerin Özellikleri

TTK. müdürlerin şirket sözleşmesinde gösterilmesini şart koşmamış, fakat şirketin kurulabilmesi için Sanayi ve Ticaret Bakanlığından alınan izin sonrası şirket merkezindeki ticaret sicil memuruna verilen tescil talebine ilişkin dilekçe ve buna dayanılarak yapılan ilanda şirket müdürlerinin gösterilmesini düzenlemiştir¹⁵. YTTK m. 576 f. 1 b. (d)' e göre şirket sözleşmesinde müdürlerin adları, soyadları, unvanları ve vatandaşlıkları bulunmak zorundadır. Yani müdürler şirket sözleşmesiyle atanmaktadır. Bu bir yeniliktir.

Ticaret Sicili Tüzüğü m. 46 ya göre şirket dışından atanan müdürün de ad ve soyadının yanında tabiiyetinin ve ikamet yerinin sicilde gösterilmesi gerekir. Türkiye'de ikamet eden yabancı uyruklu ortak olmayan kişinin limited şirkete müdür atanması halinde sicil memurluğuna kişinin Türkçe tercümelinoter onaylı pasaport sureti, Emniyet Genel Müdürlüğü'nden alınan ikametgâh teskeresi ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından alınan çalışma izin belgesinin sicil memurluğuna sunulması gerekir.

Şirket sözleşmesinde de müdürler hakkında farklı nitelikler aranabilir. Yeni Kanun, Anonim şirketlere ilişkin m. 359 f.3 deki "müdürlerden en az birinin Türk vatandaşı olması, yönetim kurulu üyelerinin en az yarısının, tüzel kişi adına tescil edilecek üyenin ve tek kişilik yönetimde tek üyenin yüksek öğrenim görmesi", şartlarını limited şirketler için aramamıştır. Gerekçede "yönetimin yetkin kişilerden ve profesyonellerden oluşmasının gerekli olduğu düşüncesiyle eğitim şartının getirildiği" belirtilerek, limited şirketlere de bu şartın getirilmesi gerektiği yolunda eleştirilmektedir¹⁶. Kanundaki madde gerekçesi ile madde içeriği uyumlu değildir. Buna karşılık, eğitim gerektirmeyen örneğin zahire ticareti yapacak bir AŞ nin yönetim kurulu üyelerinin bir kısmına yüksek öğrenim şartı getirilmesinin uygun olmadığı yolunda haklı eleştiriler de getirilmektedir. Konusu ziraat işi veya çiftçilik olan küçük çaplı kurulmuş bir limited şirket müdürünün yüksek öğrenim görmüş olmasını istemenin hiçbir anlamı yoktur. Ülke koşulları ve ülkemizde yaygın olan aile şirketleri yapısına uygun düşmemektedir. Sözleşme ile limited şirketlerde de bu tür bir düzenleme de mümkündür¹⁷. Şirkete üyeliği sona erdiren sebepler müdür olarak seçilmeye de engeldir

Müdürlerin işlem ehliyetine ilişkin YTTK'da bir düzenleme yoktur. Anonim Şirketlere ait hükümlerin Limited şirketlere de uygulanacağı kanaatindeyiz. Madde 359'da yönetim kurulu üyelerinin tam ehliyetli

¹⁵ DOĞANAY, age., C.II, s. 1468; PULAŞLI, age., s. 459.

¹⁶ YILDIZ, age., s. 250; YILDIRIM, age., s. 13; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I II III, s. 85.

¹⁷ Türk Ticaret Tasarısı Toplantıları I-II-III, s. 325; ULAŞ, Işıl, "Uygulamacı Gözü ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Bakış", Batider, XXXIII, S. 2, s. 195.

olmasına ilişkin hüküm gereği, bu kişiler, müdür olabilir. Tam ehliyetsizler müdür olamazlar. Sınırlı ehliyetsizlere ilişkin Alman Hukukunda müdür olamayacaklarına ilişkin kesin hüküm bulunmaktadır. İsviçre Hukukunda ise hakim olan görüşe göre bu kişilerin müdür olarak atanmaları mümkündür. YTTK. m. 390 f. 2. müdürlerin birbirlerini temsilen ve vekaleten oy kullanamayacaklarını düzenler. Bu madde gereği, küçük veya kısıtlı veli veya vasisi aracılığıyla toplantılara katılamayacağından müdür olamazlar. Sınırlı ehliyetlilerin ve evli kişilerin müdür olmasına engel yoktur, fakat kendisine yasal danışman atanan kişiler müdür olamazlar¹⁸. Devlet memurlarının da şirket müdürü olmasına 657 Sayılı Kanun'un 28. maddesi engeldir.

TTK.'dan farklı olarak YTTK. m. 628, limited şirkette şirket müdürlerinden en az birinin yerleşim yerinin Türkiye'de olması ve müdürün tek başına şirketi temsil yetkisinin bulunmasını düzenlemiştir. Bunun gerekçesi kabuk şirketlerin önüne geçilmek istenilmesi ve sorumlulardan en az birinin Türk mahkemeleri önüne getirilebilmesidir¹⁹. Buna aykırı davranıldığında sicil kayıtları ile uyum sağlama amaçlı getirilen düzenleme ile Ticaret sicil müdürlüğü durumu öğrendiğinde şirkete uygun süre vererek bu durumu düzeltmesini ister (YTTK m. 628/2). Aksi halde Ticaret sicil memuru mahkemeden şirketin feshini ister. Bu süre genel kurulun toplanıp karar alması ve tescil için gereken, uygun bir süre olmalıdır.

2. Müdürlerin Birden Fazla Olmaları Hali

Şirketin haklarını koruma amaçlı olarak müdürlerin birden fazla olması halinde en az bir ortağın da müdürler kurulunda bulunması YTTK m. 623 de düzenlenmektedir. Şirkette birden fazla müdür bulunması halinde, YTTK m. 624 hükmünce, müdürler kurul olarak görev yaparlar ve müdürlerden birisi genel kurul kurul başkanı olarak atanır. Müdürler kurulu başkanı, şirket ortağı olmayabilir. Madde hükmü, başkanın genel kurulca atanması kuralının kesin ve katı bir düzenleme olduğu, bunun yanı sıra sözleşme ile atanabilmesi konusunda YTTK'da düzenleme yapılması gerektiği yolunda eleştirilmektedir²⁰. Gerçekten de Kurul başkanının sözleşmeyle de atanmasında bir sakınca olmayacağı kanaatindeyim.

TTK.'nda müdürlerin toplanma nisabı düzenlenmemiştir. Birlikte idare ve temsilin geçerli olduğu şahıs şirketi niteliğindeki bu şirkette oybirliği ile karar alınması gerekir. YTTK m. 624 f. 3 hükmü ise müdürlerin çoğunluk ile toplanıp karar alacağını ve getirilen yenilik ile başkanın üstün oy hakkının olduğu düzenlenmiş karar alma şartlarını kolaylaştırmıştır. Madde gerekçesine göre, bu üstün oy "yönetimdeki kilitlenmeyi çözen ve şirketi çalışabilir konumda tutan" bir araçtır²¹.

¹⁸ YILDIRIM, age., s. 9.

¹⁹ YTTK gerekçesi, s. 228, www.tbmm.gov.tr.

²⁰ MOROĞLU, MOROĞLU, Erdoğan, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler*, s. 327, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, Ekim 2007.

²¹ YTTK Gerekçesi, s. 226, www.tbmm.gov.tr; Erişim Tarihi:28.11.2009.

Genel kurulca farklı bir karar alınmadıkça veya şirket sözleşmesinde farklı düzenleme bulunmadığı takdirde müdürler kuruluna ait olan genel kurulun toplantıya çağırılması, yürütülmesi tüm açıklama ve ilanları yapması işlemleri kurul başkanına aittir. Olağanüstü toplantıya çağırma ise müdürler kurulunun yetkisindedir²². YTTK'da; şartlar gerçekleştiğinde ortaklardan m. 603'deki ek ödemeyi istemek, m. 614'deki ortakların bilgi alma ve inceleme haklarının şirket zararına kullanılma tehlikesi nedeniyle engellenmesi, m. 631'deki, m. 623 kapsamına girmeyen ticari mümessil veya vekilin görevden uzaklaştırılması da müdürler kurulu kararı gerektirdiğinden kurul başkanınca yapılamaz.

3. Tüzel Kişi Müdürler

YTTK m. 623 f. 2 gereği tüzel kişiler de temsilci olabilir. Tüzel kişinin gerçek kişi temsilcisi, şirketin temsilcisi olarak tescil ve ilan edilir. TTK m. 540 f. 4' de aynı düzenleme yapılmıştır. Fakat YTTK ile tüzel kişinin sorumluluğuna gidilmesi hususunda bir yenilik getirildiği belirtilmiştir²³. Birçok gerçek kişinin oluşturduğu tüzel kişiliğin, daha uzman yapıda olması, aynı zamanda ortaklarının ölmesi, hastalanması gibi mazeretlere rağmen tüzel kişinin yine de bağımsız faaliyetini sürdürmeye devam etmesi, şirket yönetimini aksatmamak, sorumluluk açısından alacaklılarına karşı tüzel kişi müdürün ekonomik olarak daha güçlü pozisyonda olmasını sağlamak, adına bu durumun avantajlı olacağı düşünülebilir. Gerekçede tüzel kişi müdür konusunda, TTK. düzenlemesine ve kaynağı olan İsviçre BK m. 811 f. 2'ye hakim olan anlayışa sadık kalındığı belirtilmiş ve tüzel kişi yönetimin, eşyanın doğasına ve yönetim organının yapısına aykırı olmadığı, belirtilmiştir. Tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulmasına imkan sağlanması ile şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara güvence verildiği Kanun gerekçesinde belirtilmiştir²⁴.

Tüzel kişi müdür, kendisini temsil edecek gerçek kişiyi belirlemek zorundadır. Tüzel kişi temsilcilikte, yönetimdeki tüzel kişinin temsilcisini sık değiştirmesi sonucu, limited şirkette sürekli yönetim değişikliği yaşanması istikrarsızlığa neden olabilir. Bu nedenle yapılan düzenlemeyle tüzel kişinin temsilcisi gerçek kişi tüzel kişi adına toplantıya katılmak üzere tescil ve ilan edilecektir. Bunun sonucu, tüzel kişinin kurula her toplantıda farklı bir temsilci göndererek birden çok oya sahip olması ve menfaatler dengesine aykırı uygulaması son bulacaktır. Bu kişinin belirlenerek tescil ve ilan edilmesindeki amaç, kurula her toplantıda tüzel kişinin farklı kişi göndererek istikrarı ve kurulun çalışmasını önlemesini engellemektir.

²² PULAŞLI, age., s. 518.

²³ YTTK Gerekçesi, s. 106, www.tbmm.gov.tr, Erişim Tarihi:28.11.2009

²⁴ Gerekçede büyük çaplı, çok uluslu şirketlerin temsilcileri arkasına gizlenmelerine hukukun seyirci kalmasının adaletsizliğe ve hukuka olan güvenin sarsılmasına sebep olarak kanun koyucuyu zor durumda bıraktığı belirtilmektedir. Bu fıkra ile çağdaş ve hakça bir düzenleme yapılarak, tüzel kişi ile temsilcinin arasındaki bağın kesilerek temsilcinin eylem ve kararlarından sorumlu tutulmaması şeklindeki yapay teori reddedilmiştir. Artık tüzel kişinin zayıf malvarlıklı temsilcisinin sorumluluğu yetmeyecek, aynı zamanda şirkete gidilebilecektir. YTTK Gerekçe, s. 106. www.tbmm.gov.tr, Erişim Tarihi:14.11.2009.

4.Müdürlerin Görev Süresi

Müdürlerin görev süresine ilişkin YTTK.'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa anonim şirketlerde m. 362'de yönetim kurulunun esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde yeniden seçilebilme hakkı bulunmak üzere en çok üç yıllığına seçilebileceğini düzenlemiştir. TTK m. 314'de de anonim şirketlere ilişkin bu düzenleme mevcuttu. Belli süre ile seçilmiş müdürün tekrar seçilmesi mümkündür. Sözleşmede bunun aksi kararlaştırılabilir. Birden fazla müdür varsa, müdürlerin farklı sürelerle atanması da mümkündür²⁵. Müdürlerin sayısı hususunda, YTTK.'nda herhangi bir kısıtlama yoktur²⁶.

III. TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAM VE SINIRLARI

YTTK m. 629'da temsil yetkisinin kapsamı, sınırlandırılması, imza şekli ile temsil ve ilanına ilişkin anonim şirket hükümlerine atıf yaparak m. 370-373 hükümlerinin uygulanacağını belirtir. YTTK m. 370'deki aksi sözleşmede öngörülmemişse temsil yetkisinin çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna ait olacağına dair hüküm tek müdürü olan şirketlerde uygulanamaz ve bu müdürün imzası yeterlidir. Birden fazla müdür yetkili ise çift imza kuralı geçerlidir. Temsil yetkisine sahip en az bir ortak müdürün olması şartıyla bir veya daha fazla üyeye veya üçüncü kişiye devredilebilir²⁷.

YTTK m. 629 f. 2 gereği tek ortak ile onun temsil ettiği şirket arasında yapılan sözleşmeler yazılı olmak zorundadır. Bunun istisnası olarak düzenlenen "*piyasa şartlarına göre günlük, önemsiz sıradan işler*" cümlesinin, muğlak olduğu yolunda ve bunun yerine "*esas sermaye payının belli bir oranı*" ölçüsünün kullanılması gerektiği hususunda eleştirilmektedir²⁸.

Genel kural, şirketle işlem yapan üçüncü kişilerin korunması amacıyla müdürlerin temsil yetkisinin sınırlandırılmamasıdır. TTK m. 321 ve bu maddenin karşılığı olan YTTK m. 371 uyarınca temsil yetkisinin sadece merkezin veya şubenin işlerine hasrolunması veya müdürlerce müşterek kullanılmasına dair sınırlamalar, ticaret siciline kayıt ve ilan edilmek şartıyla üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.

YTTK ile getirilen bir yenilik ise teknolojik imkanlardan yararlanma yolunun açılmasıdır. Sermaye şirketlerinde online yönetim kurulu toplantısı yapılması imkanı ve öngörülen durumlarda toplantılara görüntü ve ses aktarılması yoluyla katılma mümkün hale gelmektedir. Bunun için m. 1527 gereği, şirketin bir web sitesinin bulunması ve müdürlerin ve ortakların e posta adresi alması gerekmektedir.

Şirketin gayesinin gerektireceği işlemler ile yalnız şirkete yararlı olan hareketler veya şirket faaliyetlerinin normal olarak kapsayacağı işlemler de

²⁵ YILDIRIM, age., s. 25.

²⁶ YILDIZ, age., s. 244.

²⁷ YILDIZ, age., s. 261; Tasarı m. 370 aksi şart koşulmamışsa çift imzanın gerekeceğini, m.373 yönetim kurulunun temsile yetkili kişileri belirleyeceğini düzenler.

²⁸ MOROĞLU, age., s. 330.

temsilin kapsamına dahildir²⁹. Müdürlerin yetkisinin sınırlanması, iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez. Sadece merkezin veya bir şubenin işlerine hasrolunan temsil yetkisinin müştereken kullanılmasına dair tescil ve ilan edilen sınırlamalar geçerlidir.

YTTK.'nda ultra vires kaldırılmakla beraber, istisnaen m. 371 f. 1 hükmünce temsil yetkisinde ultra vires kuralı kabul edilmiştir. Temsilcinin şirket konusunu aşan işlemleri şirketi bağlar. Üçüncü kişiye karşı şirket sorumludur. Sınırı aşan temsil yetkisine sahip kişiye şirket rücu edebilir. Bunun istisnası üçüncü kişinin bunu bilmesi veya bilebilecek durumda olmasıdır. Şirketin ehliyetinde ultra vires geçersiz; buna karşılık işlemin konu dışı olduğu biliniyorsa veya bilinebilecek durumda ise ultra vires geçerlidir. Şirketin hak ehliyetinin sınırını işletme konusu çizmemekte, şirketin imza yetkisine sahip kimseye rücu edip edemeyeceğinin sınırını şirketin işletme konu ve amacı belirlemektedir. Müdürün yaptığı işlemin faaliyet konusu dışında olması halinde üçüncü kişinin bunu bilmesi hususunda bunu kimin ileri sürülebileceği, ortağın buna müdahale edip edemeyeceği hususu Kanun'da açık değildir. Hangi işlemlerin şirketin faaliyet konusu içinde kaldığı nasıl tespit edilecektir? Bu hususlar çözümlenmesi gereken bir problem olarak görünmektedir.

Üçüncü kişinin iyiniyeti hususunda ise esas sözleşmenin ilanı tek başına yeterli değildir. YTTK'da ultra vires kuralını kaldıran düzenlemede 1986 tarihli İngiliz Şirketler Kanunu 35, 35A hükmünden esinlenilmiştir³⁰. Düzenlemede ultra vires ilkesinin kaldırılması amaçlanmışsa da “şirket yönetici ve temsilcilerinin işlem yaparken şirket amaç ve konusu içerisinde işlem yapmaları gerekir” ilkesini çağrıştıran m. 371'e göre temsilci ve yöneticilerin yine bu ilke doğrultusunda hareket etmeleri yolunda talimat niteliğinde, şirketin rücu hakkını düzenlemektedir³¹. Burada da YTTK.'nun temsil yetkisinde ultra vires kuralını kaldırmadığı görülmektedir.

Müdürlerin temsil yetkisi istisnalar dışında sınırlandırılmaz ve konulan sınırlar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Temsil yetkisi bir şube veya merkeze hasrolunmuş ise üçüncü kişilere tescil ve ilan edilmesi halinde ileri sürülebilir.

YTTK'da işletme konusu ile sınırlı sorumluluk ilkesi terkedilmiş ama sonra şirket konusu ile sınırlı temsil yetkisi denilmiştir. Moroğlu'na göre bu bir çelişkidir³².

Ticaret sicilleri sadece Kanun'un saydığı hallerde etkili bulunmakta, limited şirketlerde ise m. 576 bunun zorunlu kayıtlardan olduğunu düzenlemektedir. Şirketin işletme konusu sözleşmede belirtip ilan edildiğinde üçüncü kişi bunu bilmelidir. Fakat YTTK sadece ilanın iyiniyet için yeterli olmadığını düzenler. Madde 371'in gerekçesinde maddenin 354 hükmü ile

²⁹ İsviçre Federal Mahkemesi 16.12.1960,ATF 95 II, s. 442; jdT 1970 I, s. 644; ATF 84 II, s. 170; jdT, 1959 I, s. 57;ATF 38 II, s. 105;jdT 1912 I, s. 636, naklen, TEKİL, age., s. 46, dpn. 73.

³⁰ YTTK Gerekçesi s. 112,www.tbmm.gov.tr, Erişim Tarihi:20.11.2009.

³¹ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, s. 58, 433; TEKİNALP, Ünal, “Sermaye Şirketleri Reformu”, s. 12,İstanbul Ticaret Odası, İstanbul 2007.

³² MOROĞLU, age.,s. 158

uyumlu olduğunu, 354. maddenin gerekçesinde de tescilin her hüküm yönünden olumlu işlevi haiz olmadığı belirtilir. Bu durumda m. 371 f. 2 hükmünün ne anlama geldiği anlaşılamamaktadır. İşletme konusu ilan edilmesine rağmen yetersiz olacak, iyiniyete yetmeyecek dolayısıyla ultra vires ilkesi yine varlığını koruyacaktır.

YTTK m. 587, şirket sözleşmesinde esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış şekilde şirketin işletme konusunun bulunacağı, tescil ve ilan edilen şirket sözleşmesine maddede sayılanlar dışında m. 36 f. 1 hükmünün uygulanmayacağı, yani, üçüncü kişiler hakkında hüküm doğurmayacağı düzenlenmiştir. 6102 sayılı YTTK m. 36 hükmü, Ticaret siciline kayıt edilip ticaret sicili gazetesinde ilan edilen kayıtların, üçüncü kişiler hakkında hüküm doğuracağını ve üçüncü kişilerin hakkında sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddialarının dinlenemeyeceğini, tescil veya ilan edilmemesine rağmen üçüncü kişilerce bunun bilindiği veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği halde üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceğini düzenlemektedir. 354. madde gerekçesinde ise tescilin her hüküm yönünden olumlu işlevinin bulunmadığı belirtilmektedir. Esas sözleşmenin tümünün tescil ve ilanının sadece kamuyu aydınlatma ilkesi gereği olduğu belirtilir³³. Kanaatimce YTTK m. 36 f. 1, 3 hükümlerinde m. 354 ve 371 f. 2 c. 2 hükümleri dikkate alınarak kanundaki istisnaların belirtilmesi gerekirdi.

YTTK m. 629 hükmü müdürlerin temsil yetkilerinin kapsamına yetkinin sınırlandırılmasına imzaya yetkili olanların belirlenmesine imza şekli ile bunların tescil ve ilanına anonim şirket hükümlerinin kıyasen uygulanacağını düzenler. Anonim şirketlere ilişkin düzenlemeye baktığımızda esas sözleşme ile atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş bir veya birden fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunduğunu, temsile yetkili en az bir üyenin Türkiye’de ikameti ve Türk vatandaşı olması şartını aradığı görülmektedir. Fakat esas sözleşmede aksi öngörülmemişse temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir³⁴. Müdürler şirket sözleşmesi ve genel kurul kararı ile bağlıdırlar. Fakat bu sınırlama üçüncü kişileri bağlamaz. Şirket müdürünün şirket maksadı kapsamında yaptığı bütün işlemler şirketi bağlar. Müdürler şirket adına yaptıkları işlemlerde şirketin ticaret unvanına kendi isimlerini koymak zorundadırlar. Temsil yetkisindeki değişiklikler de ticaret siciline kaydedilmesi gerekir³⁵. Müdürün görev ve yetkisi, şirketin idaresine ilişkin eylem ve işlemlerin yapılmasına ilişkindir. Olağan yönetim dışında kalan eylem ve işlemlerin genel kurul kararı ile yapılması gerekir³⁶.

³³ YTTK gerekçesi, s. 103, www.tbmm.gov.tr, Erişim Tarihi:12.11.2009..

³⁴ Anonim şirketlere ilişkin m. 359 hükmündeki temsilcinin bir tanesinin Türk vatandaşı olması ve Türkiye’de ikamet etmesinin çift imza kuralı karşısında anlamsız olduğu konusunda eleştirilmektedir. MOROĞLU, age., s. 149.

³⁵ HİRŞ, age., s. 347.

³⁶ ERMAN, agm., s. 57.

A. TEK ORTAKLI LİMİTED ŞİRKETTE YÖNETİM VE TEMSİL

TTK'ya göre şirket ortağının tek kişi kalması fesih sebebi iken YTTK'ya göre birden fazla ortaklı şirkette ortak sayısı bire düşse de fesih davası açılmaz. Şirket faaliyetine devam eder. Bu durum ticaret siciline tescil ve ilan edilir. Bu bildirim yapılmazsa idare heyeti ve ortak olan şahıs sorumludur³⁷. YTTK ile AET nin 89/667 sayılı şirketlere ilişkin 12. Yönerge'sinin tanıdığı imkan sayesinde tek kişilik şirket kurulabilmektedir³⁸. Tek kişilik şirket kurulması halinde ortağın malvarlığı ile şirketin malvarlığının birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerekir. Fakat tek kişilik şirkette tek ortak ve idareci olan kişinin şirketi kötüye kullanması sonucu üçüncü kişilerin zarara uğratılması tehlikesi doğabilir³⁹. Bu nedenle tek kişilik şirket sahibinin aynı zamanda şirketi temsil etmesi nedeniyle üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerin kendi hesabına mı yoksa şirket hesabına mı yapıldığı hususunu açıklaması gerekir. Bu açıklık ilkesinin gereğidir. Aksi halde üçüncü kişinin korunması amacıyla işlemi kendi adına yaptığı kabul edilmelidir. Zarar durumunda iyiniyetli üçüncü kişi ortağın bütün malvarlığına ve şirketteki payına da elkoymuş olur⁴⁰.

YTTK'nın tek ortak ile şirket arasındaki sözleşmelere ilişkin Yönerge'nin 5. maddesinden daha kapsamlı olarak düzenleme yapılmış, m. 371 ve 629 da "şirketi temsil etsin veya etmesin" denmesi nedeniyle tek kişilik limited şirkette ortak aynı zamanda müdür ise yazılı şekilde işlem yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Yazılı şekle aykırılık halinde 12. Yönerge'de yaptırım düzenlenmemesine karşın, YTTK'da m. 359 ve 629 geçerlilik şartı olarak düzenlemiştir⁴¹.

B. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA YÖNETİM VE TEMSİL

YTTK ile yeni getirilen şirketler topluluğunda yönetimle ilgili maddelere baktığımızda, bağlı şirketin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun bertaraf edilmesi için m. 202 f. 5 hakim şirket ile sözleşme yapacağını, yine m. 204 de düzenlenen bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan veya tehlikeye düşürebilecek ya da önemli varlıklarını yitirmesine sebep olabilecek talimat verilemeyeceğini düzenlemektedir. Bağlı şirketin m. 406 hükmünce özel denetçi atanmasını mahkemeden isteme hakkı mevcuttur.

³⁷ ARSLAN, İbrahim, *Tek Kişilik Anonim ve Limited Şirket*, s.121, Konya 2008.

³⁸ Twelfth Council Company Law Directive 89/667/EEC of 21 December 1989 on single-member private limited-liability companies <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0667:EN:HTML>, Erişim Tarihi:11.02.2010.

³⁹ ARSLAN, age., s. 52.

⁴⁰ ARSLAN, age., s. 55.

⁴¹ ARSLAN, age., 158; Tekinalp temsil edilen olarak şirketin onayı alınmamışsa askıda hükümsüzlük olduğunu belirtir. TEKİNALP, Ünal, "Tarihi Gelişim İçinde Tek Ortaklı Şirketler Sorunsalı ve Türk Hukukunun Bu Konudaki Açılımı" Prof Dr Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s. 605.

YTTK m 202'deki durum, bir şirketin diğer bir şirket üzerinde hakimiyeti hukuka aykırı olarak kullanılması ve m. 203'deki tam hakimiyet durumlarında öngörülmemiştir. 202. maddesinde hakimiyet altındaki şirketin kaybına sebep olacak şekilde yapılan işlemlerde şirket yöneticilerinin müteselsilen sorumlu olacağı ve maddenin (d) bendinde kayba sebebiyet veren işlem veya önlemin aynı koşullar altında bulunan ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle, şirket menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözeten bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceği hallerde tazminat istenemeyeceği düzenlenmiştir. 6102 sayılı YTTK m. 203'de ise bir şirketin diğer şirkete tam hakimiyeti altında, bağlı şirket hakim şirketin yönetim kurulu talimatına uymak zorunda olduğunu, 204. maddesinde bağlı şirketin ödeme gücünü aşan onu tehlikeye düşürecek talimatları veremeyeceği istisnasını düzenlemektedir.

IV.MÜDÜRLERİN GÖREV YETKİ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

YTTK m. 624'e göre tek olan müdür genel kurulu toplantıya çağırma, genel kurul toplantılarının yürütülmesi, açıklama ve ilanları yapma yetkisine sahiptir. Şirketin işlerinin yürüyebilmesi için gerekli asgari yönetim işleri için müdürün karar almasına gerek yoktur. Defterlerin tutulması⁴², gerekli tescil ve ilan işlerinin yaptırılması, memur ve işçilerin tayini, yıllık rapor ve finansal tabloların düzenlenmesi⁴³, şirket ortağınca açılan davanın diğer ortaklara gecikmeksizin bildirilmesi, esas sermaye geçişleri için ticaret siciline başvurma gibi işler bu tür işlerdir. Şirket sözleşmesi ile ortaklara ek ödeme yükümlülüğü getirildiği takdirde müdürler bunu talep etmek durumundadır.

YTTK m. 603 gereğince esas sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamı ortaklık zararını karşılayamazsa, ortaklık bu ek ödemeler olmaksızın işlemlerini yerine getiremez ise veya ortaklık sözleşmesinde belirtilen ve özkaynak ihtiyacı doğuran başka bir durumun gerçekleşmesi halinde müdür ortaklardan ek ödemeleri talep edebilir. Tür değiştirmede de m. 186 gereği, yönetim kurulu, genel kurulun onayına tabi yazılı bir tür değiştirme raporu düzenlemekle görevlidir.

A.MÜDÜRLERİN DEVREDİLEMEZ VE VAZGEÇİLEMEZ GÖREVLERİ

YTTK m. 625'e göre müdürler sözleşme ve kanunun genel kurula yetki vermediği bütün konularda yetkilidir. Maddeye göre; şirket müdürleri kanun ve şirket sözleşmesinde genel kurula verilen yetkiler dışında bütün konularda yetkilidir. Ayrıca maddede sekiz bend halinde müdürlerin vazgeçilemez ve devredilemez yetkileri sayılmıştır. Bu yetkiler ne esas sözleşme ile ne de bir kararla genel kurula veya kurullara ve komitelere devredilemez. Bu yetkilerden feragat edilemez. Bunlar; Şirketin üst düzeyde yönetilmesi ve

⁴² Defterlerin tutulması dışında saklanması da müdürlerin görevi olup, Kanundaki 10 yıllık saklama yükümlülüğü VUK'na paralel olarak Tasarıda 5 yıla indirilmiştir. YILDIRIM, age., s. 130.

⁴³ YTTK m. 514 gereğince Finansal tabloların bilanço gününü izleyen 3 aylık süre içinde hazırlanması gerekir.

yönetimi⁴⁴ ve bunlar için gerekli talimatların verilmesi, şirketin yönetim örgütünün belirlenmesi, yönetim için gerekli olduğunda muhasebe finansal denetleme ve planlamanın yapılması, şirket yönetiminin bazı bölümlerinin devredildiği kişilerin, sözleşme iç tüzük ve talimatlara uygun davranıp davranmadıklarının denetimi, küçük limited şirketler hariç risklerin erken teşhisi ve yönetimi komitesinin kurulması, şirket finansal tablolarının yıllık faaliyet raporunun ve gerekli olduğu takdirde, topluluk finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporlarının düzenlenmesi, genel kurul toplantısının hazırlanması ve yürütülmesi, şirketin borca batık olması halinde mahkemeye bildirimde bulunma, şirket sözleşmesinde müdürlerin aldıkları belirli kararları ve münferit sorunları genel kurul onayına sunma, devredilemez ve vazgeçilemez görevleridir. Genel Kurulun onayı müdürlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, sınırlandırmaz. BK m. 43 ve 44 hükümleri saklıdır⁴⁵. YTTK ile getirilen bu yeni düzenlemeye ilişkin madde gerekçesinde duraksamaya sebep olan kararların alınmasında bunun genel kurul ile uyum sağlama ve destek alma amaçlı olduğu belirtilir⁴⁶. Anonim şirketlere ilişkin m. 375 de böyle bir düzenleme olmaması limited şirketin şahıslararası şirket yönüne ilişkin olabilir.

Şirkette bir müdür olduğu takdirde o müdür, birden fazla ise müdürler kurulu, genel kurul kararlarına karşı kararın alınmasından itibaren üç ay içinde dava açabilir. Sözleşme ile de değiştirilmesi mümkün olmayan bu süre hak düşürücü bir süredir⁴⁷. Müdürler kurulunun aldığı ortak karar ile masraf şirket tarafından karşılanarak bu iptal davası açılabilir. Alınan genel kurul kararı müdürlerin kişisel hukuki sorumluluğunu gerektiriyorsa onların her biri de masrafları kendilerine ait olarak bu davayı açabilir. Sorumluluğunu gerektirmedikçe müdür tek başına bu davayı açamaz. Mahkeme, iptal davasında davalı şirketin talebi ile şirketin muhtemel zararlarına karşılık davacıların belirlediği miktar ve nitelikte teminat göstermesini isteyebilir. İptal davası müdürler tarafından açıldığında teminat istenmez. Davalı şirket, mahkeme esasa girmezden önce bu teminatı talep etmelidir⁴⁸. Müdür atanmasına ilişkin genel kurul kararı yokluk veya butlan yaptırımına tabi ise ticaret sicil müdürünce başvuru reddedilir. İptali kabil ise ticaret sicil memuru resen hareket ederek tescilden kaçınamaz.

⁴⁴ YTTK m. 625'deki "yönetim ve yönetilmesi" ifadesi yersiz olup, m. 375'deki "şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi" şeklindeki düzenlemeye uygun olarak düzeltilmesi uygun olacaktır. Gerekçede şirketin üst düzeyde yönetimi "genel işletme politikası başta olmak üzere, yatırım, finansman, temettü gibi politikaların hedeflerinin karara bağlanması, bunlara ulaşılması için seçilen araçların gösterilmesi, hedeflere ulaşılıp ulaşılmadığının veya ulaşılp ulaşılamayacağını belirlemesi, bütçe uygulamalarının kontrolü ve stratejilerin tespitidir." Şeklinde açıklanmıştır. YTTK m. 625. gerekçesi, www.tbmm.gov.tr, Erişim Tarihi:28.11.2009

⁴⁵ YILDIZ, age., s. 256, 11.01.2011 tarihli 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununumuzda 51 ve 52. Maddelerinde düzenlenmiştir.

⁴⁶ YTTK gerekçesi, s. 227, www.tbmm.gov.tr, Erişim Tarihi:28.11.2009.

⁴⁷ DOĞANAY, age., C.II, s. 1458; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, age., s. 403; YILDIZ, age., s. 241.

⁴⁸ YILDIZ, age., s. 241.

B.ÖZEN VE BAĞLILIK YÜKÜMÜ, REKABET YASAĞI

YTTK'nda, yönetimin özen yükümü ve şirket menfaatini gözeterek diğer menfaatlerden üstün tutması öngörülmüştür. Özen iş ve işlemlerde gösterilmesi gereken dikkat, ihtimam ve bilimselliktir. YTTK; pazar araştırması, finansal durum değerlendirmesi, borçlara ve etige uygunluk incelemesi yapılmasını buna dahil etmiştir. 626. maddeye göre müdürler ve yönetimle görevli kişiler, görevlerini tüm özeni göstererek yerine getirmek ve şirket menfaatlerini dürüstlük kuralları çerçevesinde gözetmekle yükümlüdürler. Hükümde şirketler topluluğu ile ilgili m. 203 ve 205 deki istisnai durumlarını dikkate almıştır⁴⁹. Anonim şirketler için getirilen bir yenilik olarak yöneticilerin görevlerini yerine getirirken özenle hareket ettikleri karinesi nedeniyle ispat külfetinin aksini iddia edene ait olacağına ilişkin getirilen yenilik limited şirketlere ilişkin düzenleme olan m. 626 da düzenlenmemiştir⁵⁰.

6102 sayılı YTTK'nın m. 626 f. 3 hükmünce müdürler de ortakların bağlılık borcuna tabiidir. Müdürlerin ortaklarla aralarındaki ilişkiler güvene dayanan ilişkilerdir. Bunun sonucu da müdürlerin şirkete karşı sadakat borcu vardır. Müdürler şirketin ve ortakların çıkarlarını kendi çıkarlarından önde görmelidir⁵¹. Anonim şirketlere ilişkin ortakların şirkete borçlanmalarını yasaklayan 358. maddesi m. 644 f. 1 (b) atfı nedeniyle limited şirketler hakkında da uygulanacaktır. Ortaklara ilişkin getirilen yasak bu madde gereği yönetim kurulu üyeleriyle onların yakınlarına da genişletilmiştir. Anonim şirketlerine ilişkin bu madde YTTK'nın m. 626 f. 3 ve m. 613 f. 2 gereği limited şirketlere de uygulanacaktır. Bu maddeye göre müdürler de ortaklar gibi bağlılık borcu ile yükümlüdür.

Müdür olan bir ortak, TTK m. 547'de belirtildiği gibi diğer ortakların izni olmadan şirketin uğraştığı ticaret dalında kendisi ve ne de başkası hesabına iş göremez. Başka bir işletmeye mesuliyeti tahdid edilmemiş ortak, komanditer ortak veya limited şirketin üyesi sıfatıyla katılamaz. Bu yasak, sözleşmeyle bütün ortaklara yayılabilir veya ortakların oybirliği ile kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabilir⁵². Sözleşmede aksi öngörülmemişse ve diğer ortakların yazılı izni yoksa müdürler şirketle rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamazlar. Şirket sözleşmesi ortakların onayı yerine genel kurulunun onay kararını öngörebilir. Bu m. 621 f. 1 (g) de düzenlenen önemli kararlar kapsamında olup temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun birarada bulunması ile alınır.

Diğer ortakların muvafakati durumu haricinde, TTK. m. 547 limited şirketlerde yöneticiler için rekabet yasağını düzenler. Sözleşme ile diğer

⁴⁹ Bkz. Yukarıda s.27, 28.

⁵⁰ YTTK Gerekçesi, s. 227, 110, www.tbmm.gov.tr/ULAŞ_agm.., s. 195.

⁵¹ İMREGÜN, age., s. 232.

⁵² KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri, s .364, 374, Ankara 1965 ;DOĞANAY, C.II, s. 1480; TEKİL, age., s. 20, 48.

ortaklara da yayılabilen bu yasa, başka bir işletmeye yalnız sınırlı sorumlu ortak değil, aynı zamanda komanditer olarak ve limited şirket üyesi olarak da katılmama şeklindedir. Kollektif şirkete kıyasla TTK müdürler için daha ağır bir rekabet yasağı koymuştur. Kollektif şirkette m. 172 gereği bir başka şirkete sorumluluğu sınırlı ortak olarak girmeyi yasaklamazken m. 347 komanditer veya limited şirket ortağı olmayı yasaklamıştır⁵³. YTTK ise m. 626 f. 2 ise şirket sözleşmesi ile veya diğer ortakların yazılı izni ile bu yasağın kaldırılabilirliğini düzenler. Şirket sözleşmesi ortakların onayı yerine ortaklar genel kurulunun onay kararını öngörebilir. Rekabet yasağı bağlılık yükümünün sınırı rekabet yasağıdır. Sınırlı sorumluluk ilkesiyle, ortaklık haklarının sermayeye bağlanması şirkette ortağın rekabet yasağı altına alınmasının ancak sözleşmede açık hüküm bulunduğu takdirde mümkün olduğu şeklindedir. 6102 sayılı Kanun ultra viresi kaldırmıştır. Şirket müdürlerinin rekabet yasağı alanının şirketin işletme konusuna giren ticari işlem türü ile sınırlandırılmış olması yerinde bir düzenleme değildir. Rekabet yasağının şirketin fiilen yürüttüğü işlere hasredilerek sınırlandırılması daha isabetlidir.

C.EŞİT İŞLEM

YTTK m. 627, “Müdürler ortaklara eşit şartlar altında eşit işlem yaparlar.” hükmünü getirmektedir. Şirket organlarının eşit işlem ilkesine uygun davranması bir yükümlülük olarak benimsenmiş bu şekilde ortakların durumu güçlendirilmiştir⁵⁴. Bu müdürlerin ortaklar hakkında tarafsızlığına ilişkin bir düzenlemedir. Kanun gerekçesinde şirketler hukukunun taşıyıcı kolonlarından biri ve yönetimle görevli olanların iş, işlem ve kararlarına yön veren bir ilke hem de ilişkileri adalet temelinde değerlendirilen bir düzenleyici olarak görülen bu ilke, ortaklara yöneliktir. Madde İsviçre tasarısından esinlenmiştir. Ortaklar arası ilişkilerde eşitlik ilk şirket sözleşmesiyle bozulabildiği gibi tüm ortakların onayı ile de bu mümkündür. Yönetimin karar ve eylemlerinde bu ilkeye uymaları işlem ve kararların geçerliliğinin yanı sıra sorumluluğun da gereğidir.

Genel kurulun devredilemez yetkilerine ilişkin alınan müdür kararları, esas sermaye artırımı veya ortakların yeni pay alma haklarını kısıtlayan kararlar gibi kararlar da geçersizdir. YTTK m. 627’de düzenlenen eşit işlem yükümüne aykırı kararların müeyyidesi, m. 391’e göre geçersizliktir. Batıl olan bu kararlara karşı mahkemeye başvurularak tespit yaptırılabilir. Sermayenin korunmasını gözetmeyen, pay sahiplerinin vazgeçilmez haklarını ihlal ederek kısıtlayan, diğer organların devredilemez yetkilerine giren kararlar batıldır. Moroğlu, yerinde bir eleştiri ile eşit işleme aykırı olan yönetim kurulu kararının iptal edilebilir olmasında bunun bir süreye bağlı olmaksızın ileri sürülmesinin hukuk güvenliğini zedeleyeceğini ve sakıncalı olduğunu belirtir. Ayrıca pay sahiplerinin vazgeçilmez haklarını kısıtlayan

⁵³ TEKİL, age., s. 16; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, age., s. 963.

⁵⁴ YILDIZ, age., s. 244; YILDIZ, agm., s. 451.

yönetim kurulu kararlarına ilişkin fıkraya üçüncü kişilerin de kişisel hak ve çıkarları açısından katılması gerektiğini belirtir.

D. ÜCRET, HUZUR HAKKI GİDERLERİ TALEP ETME HAKKI

TTK.'nın kabul ettiği özden organ sisteminde müdürler ücret ve huzur hakkı isteyemezler. Temsil yetkisi bütün ortaklarca kullanıldığı takdirde müdürler sadece yaptıkları masrafları isteyebilirler. Bunun sebebi idarenin kanun gereği ortaklara yüklenmesidir. Seçim sisteminde ise ücret ve diğer mali haklara sahiptirler⁵⁵. Seçilmiş yönetim sistemini kabul eden YTTK'da da m. 616 f.1 (c) bendi müdürlerin ücretlerinin belirlenmesi ve ibralarını, genel kurulun yetkileri arasında saymıştır. YTTK. sistemini benimsediğinden şirket sözleşmesi ile müdürler masrafın yanı sıra kar payı, ikramiye, huzur hakkı ve ücret alabilir⁵⁶.

E.MÜDÜRLERİN ORTAKLARA BİLGİ VERMESİ

Ortakların bilgi alma ve inceleme haklarına ilişkin YTTK m. 614, ortakların, müdürlerden şirketin bütün işleri hakkında bilgi isteyebileceğini düzenler. Bunun için ortak sıfatının olması yeterlidir. Bu talep için istenilen bilginin konusunun belirtilmesi ve talebin somut olması gerekir. Kanun bilgi alma ve inceleme hakkından sözetttiği için Alman hukukunda olduğu gibi soru sorma dışında şirket defter ve belgelerini de inceleme hakkı da bu kapsamdadır⁵⁷. Müdürler, m. 614 f. 2 gereği bu bilginin şirketin amacına aykırı kullanılması tehlikesinin varlığında bilgi vermekten kaçınabilir. Talepte bulunan ortak, şirketle rekabet ediyorsa bu tehlike mevcut olabilir Burada ortağın bilgi sahibi olmasındaki menfaat ile ortaklığın rekabet etme gücünü sürdürme amacıyla saklamak zorunda olduğu sırların gizli kalmasındaki menfaat arasındaki dengeyi sağlamak gerekir. Bilgi alma hakkı geniş kapsamlı olduğundan ortakların bu haklarını kullanırken şirkete daha az zarar verecek, şirketin işleyişine daha az engel olacak bir yolu seçmeleri gerekmektedir. Bilgi alma hakkı emredici şekilde düzenlenmediğinden sözleşme ile bunun aksi kararlaştırılabilir⁵⁸. Ortakların bilgi almasını engelleyen müdür hakkında ortak mahkemeye başvurarak dürüstlük kuralı çerçevesinde hakkını arayacaktır. 548. maddenin atfı yaptığı BK m. 531' e göre bilgi alma hakkı sözleşmeyle kaldırılamaz⁵⁹.

YTTK m. 598 esas sermaye paylarının geçişlerinin tescil edilmesi için şirket müdürleri tarafından ticaret siciline başvuru yapılacağını belirtmiş, bu

⁵⁵ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, age., s. 962.

⁵⁶ YTTK m. 371'in eleştirisinde, f. 1 de kanuna ve esas sözleşmeye aykırılık denilmesine karşılık f. 4 de ise esas sözleşmeye ve genel kurul kararına aykırılık denilerek hükümde ve fıkralar arasında çelişkiye düşüldüğü belirtilir Ticaret Kanun Tasarısı Toplantıları I-II-III, s. 444.

⁵⁷ BİLGE, Mehmet emin, "Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı, Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde", AÜEHFD, C.IX, S.1-2 2005, s. s. 433-437,"Yazar her ne kadar Kanunda müdür denilmişse de bilgi verme yükümlüsünün şirket olduğu, Alman hukukundaki düzenlemenin de bu şekilde olduğunu belirtmektedir.(GmbHG& 51a).

⁵⁸ BİLGE, agm., s. 444-447.

⁵⁹ BİLGE, agm., s. 430,431; 6098 sayılı BK 'nda aynı husus 631 maddesinde düzenlenmiştir.

başvuru için otuz günlük süre belirlemiş, fakat bu sürenin başlangıcı hususunda bir düzenleme yapmamıştır. Kanaatimce burada da genel kurulca devrin onaylanması ile bu süre başlamaktadır. YTTK m. 373 f. 2, temsile yetkili kişilerin seçim ve atanmalarına ilişkin hukuki sakatlıkların onlar tarafından bilindiğinin ispat edilmesi gerektiği kuralı ile işlem güvenliği ile adaleti sağlamayı amaçlamıştır⁶⁰.

F. MÜDÜRLERİN BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI

YTTK m. 392 f. 1 hükmü, anonim şirketlere ilişkin her yönetim kurulu üyesinin şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebileceği, soru sorabileceği ve inceleme yapabileceğini bunun reddedilemeyeceğini, f. 2 hükmü de şirket yönetimi ile görevlendirilenlerin de bilgi verme yükümünün olduğu, talebi reddedip soruları cevapsız bırakamayacağını düzenler. Yine aynı madde f. 3, yönetim kurulu başkanı izni ile yönetim kurulu toplantıları dışında şirket yönetimi ile görevlendirilen kişilerden işlerin gidişi, belirli münferit işler hakkında bilgi alabileceği şirket defter ve belgelerinin incelenmeye sunulmasını şirket yönetim kurulu başkanından isteyebileceğini düzenler. 629. Maddenin atfı ile limited şirketlerde de bu düzenleme uygulanacaktır.

V. MÜDÜRLERİN İBRASI

TTK m. 539 genel kurulun devredilemez yetkileri arasında müdürlerin tayin ve azlini ve ibrasını düzenlemektedir. YTTK.'nda da m. 616 f.1 (b) müdürlerin atanma ve görevden alınmasını, (c) bendi müdürlerin ücretlerinin belirlenmesi ve ibralarını, (ı) bendi müdürün şirketin kendi paylarını iktisabı konusunda yetkilendirilmesini ve kuruluş veya yönetim işlerinden dolayı müdürlere karşı tazminat talep etme hakkı genel kurulun yetkileri arasında saymıştır. Genel Kurul m. 413 f. 2 gereği gündeme bağlı kalınarak, m. 620. gereğince toplantıda temsil edilen oyların çoğunluğu ile müdürleri ibra edebilir. Müdürlerin sorumlulukları kuruluş işlemleri veya esas sermayenin arttırılmasına ilişkin ise, müdürler şirketin tescilinden itibaren 4 yıl boyunca ibra edilemezler. Bu süre sonrasında ise ibra için m. 559 uyarınca esas sermayenin 1/10 nun ibra edilmeme yönünde oy kullanması halinde ibra mümkün değildir. Şirket yönetimine katılanlar bu oylamaya katılamaz. Haksız olarak ibra edilmeyen müdür, mahkemeden ibra edilmesini ister. Müdürlerin açık veya örtülü ibrasının sonucu olarak haklarında sorumluluk davası açılmaz.

VI. MÜDÜRLERİN GÖREVDEN ALINMASI, YÖNETİM VE TEMSİL a YETKİSİNİN GERİ ALINMASI VE SINIRLANDIRILMASI

Limited şirketlerde müdürlerin görevi istifa ve azil şeklinde sona erebilir. Ayrıca yönetim kurulu üyeleri için kanunda belirlenen kendiliğinden sona erme hükümlerinin de burada uygulanabilmesi hususunda doktrinde

⁶⁰ YTTK Gerekçesi s. 113, www.tbmm.gov.tr.

görüşler vardır⁶¹. Esas sözleşmede aranan vasıfların yitirilmesinde üyeliğin sona ermesi getirilen bir yeniliktir.

A.KENDİLİĞİNDEN SONA ERME

Anonim şirketlerde Yönetim Kurulu üyeliğinin boşalması halinde YTTK m. 363 f. 1 Yönetim Kurulunun kanuni şartları taşıyan birini geçici olarak seçeceğini ve ilk genel kurulun onayına sunacağını, genel kurulca onaylandığı takdirde sefelinin yerine süresini tamamlayacağını belirtir. YTTK m. 363 f. 2 de, “yönetim kurulu üyelerinden birinin iflasına karar verilir veya ehliyeti kısıtlanır ya da bir üye üyelik için gerekli kanuni şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybederse, bu kişinin üyeliği, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer” hükmü düzenlenmiştir. Müdür sıfatı, müdürün ölmesi, iflas etmesi, medeni haklarını kullanma ehliyetini kaybetmesi veya ehliyetinin kısıtlanması, ya da üyelik için gereken kanuni şartları kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Müdürler arasında mutlaka bir ortak bulunma mecburiyeti nedeniyle ortaklığın sona ermesi nedeniyle müdürlük görevi de sona erecektir⁶². Şirket sözleşmesi ile belli bir yaşa ulaşma, uzun süre yurt dışında kalma, mesleki faaliyetin bırakılması gibi özel nedenler de şartlar gerçekleştiğinde sona erme sebebi olabilir.

YTTK’da, kanuna, şirket sözleşmesine ve dürüstlük kuralına aykırı genel kurul kararlarının iptali davası açılabilir⁶³. TTK’da olduğu şekilde düzenlenmiştir. 622. maddenin atfı gereği m. 445’e göre müdürün atanmasına ilişkin genel kurul kararından itibaren 3 ay içinde, bu kararın iptali için mahkemeye başvurulabilir. İptal edilinceye kadar müdür müdürlükten doğan tüm hak ve yetkilerini kullanır. 449. maddesine göre mahkeme kararı ile bunun aksi de mümkün olabilir. İptal kararına kadar müdürlerin üçüncü kişilerle yaptıkları işlemler ortaklığı bağlar. Ticaret siciline tescil ile m. 373 gereği ortaklık kural olarak müdürün üçüncü kişilerle yaptıkları işlemlerin geçersizliğini ileri süremez⁶³.

B. İSTİFA

Müdürler tek taraflı olarak görevlerinden istifa edebilirler. Aradaki sözleşme vekalet sözleşmesi niteliğinde sayıldığı takdirde uygun olmayan bir zamanda istifa eden müdür hakkında BK. m. 396 f. 2 ‘ye göre şirketin bu yüzden uğradığı zarar istenebilir⁶⁴. 403 f. 3 hükmünde denetçi tarafından sınırlı olumlu görüş verildiğinde yönetimin istifası düzenlenmiştir. Denetçi denetimin sonucunu bir görüş bildirerek yazılı belirtir. Maddede denetçinin raporunda olumsuz görüş veya sınırlı olumlu görüş bildirdiği takdirde müdürlerin istifası düzenlenmiştir.

⁶¹ PULAŞLI, s. 1125.

⁶² YILDIZ, age., s. 247.

⁶³ YILDIRIM, age., s. 22,23.

⁶⁴ YILDIZ, age., s. 248. BK.396/2: “Vekaletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir. Şu kadarki münasip olmayan bir zamanda vekaletten azil veya ondan istifa eden kimse diğerinin zararını zamin olur.”, 6098 Sayılı YBK.. 512. Maddesi aynı düzenlemeyi yapmaktadır.

C.TEMSİL YETKİSİNİN GERİ ALINMASI (AZİL)

YTTK m. 629 temsil yetkisi ve sınırlandırılmasında aynı şekilde anonim şirketlere gönderme yapmıştır. 630. madde, bütün müdürlerin görevden alınması veya yetkilerinin kısıtlanmasının genel kurul kararıyla mümkün olduğunu belirtir. Ortak olan ve olmayan sözleşme ile veya genel kurul kararıyla seçilen bütün müdürlerin genel kurul kararıyla yönetim hak ve yetkileri kısıtlanabilir veya kaldırabilir⁶⁵. Bu karar 620. Maddedeki düzenleme ile toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğuyla alınabilir⁶⁶. Maddenin 2. fıkrasında ise her ortağın haklı sebeplerin varlığı halinde yöneticilerin yönetim hakkının ve temsil yetkisinin kaldırılmasını ve sınırlandırılmasını mahkemeden isteyebileceği düzenlenmektedir

6762 Sayılı Kanun m. 543'e göre temsil yetkisinin geri alınması açısından ortak müdürler hakkında kanunun kollektif şirketlere ilişkin 161 ve 162. madde hükümleri uygulanır. Kollektif şirketlere ilişkin bu maddelere göre yetki sözleşme ile verilmişse bunun sınırlandırma ve geri alınması diğer ortaklar tarafından gerçekleştirilemez. Haklı sebeplerin varlığı halinde ortaklardan birinin isteği ile ancak mahkeme tarafından karar verilir. Müdürün görevin yerine getirilmesinde basiretsizlik, ağır ihmal veya yönetimde iktidarsızlık gibi durumlar haklı sebeplerdir. Ortak olan müdürlere sözleşme ile müdürlük verilmiş ise, onun idare, hak ve vazifesi diğer ortaklar tarafından sınırlanamaz ve azlonulamaz. Yetki sözleşme ile değil de ortaklar kararı ile verilmişse çoğunluğun azil yetkisi vardır. Çoğunluk sağlanamazsa her ortak şirket sözleşmesi hükümlerinin ihlal edildiğinden bahisle mahkemeye başvurabilir⁶⁷. Buna karşılık ortak olmayan müdür genel kurulca her zaman azlolunabilir. Azlolunan müdürün sözleşmeden doğan hakları saklıdır. Şirket sözleşmesi veya genel kurul kararı ile şirketin idare ve temsili, ortak olmayan bir kimseye veya kimselere bırakılmışsa, bu kişilere yetki ve sorumlulukları hakkında ortak olan müdürlere ait hükümler tatbik olunur. Ortak olmayan müdürler, haklı sebep olsun olmasın anonim şirketlerdeki gibi genel kurul kararı ile her zaman azlonulabilir. YTTK m. 630 gereği genel kurul, ortak olsun olmasın müdürleri görevden alma yetkisine sahiptir. YTTK ile kanundaki bu ayırım kalkmıştır.

Yürürlükteki Kanuna göre şirket ortakları müdür sıfatıyla şirket ortaklarını idare ve şirketi temsile yetkili olup ortaklar hakkında 6183 sayılı Kanun uyarınca yapılacak takip m. 35 hükümlerine göre sermaye hisseleri oranında olmayıp, mükerrer m. 35 gereğince müşterek ve müteselsil sorumludur. Amme alacağının tamamından sorumlu olurlar. Şirket sözleşmeyle veya ortaklar kurulu kararıyla bu yetkiyi ortaklardan birine veya birkaçına bırakabilir. Bu durumda kanuni temsilci sıfatıyla bu kişiler sorumlu olurlar⁶⁸.

⁶⁵ YILDIZ, age., s. 249; TEKİL, age., s. 12, 46.

⁶⁶ YILDIZ., age., s. 249.

⁶⁷ TEKİL, age., s. 47; YILDIZ, age., s. 249.

⁶⁸ OLGUN, Sevinç, "Limited Şirket Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.2, S. 11, s. 48, Temmuz 2007; YILDIZ, age., s. 266.

VII. HAKSIZ FİİL

TTK m. 336, kanun ve şirket sözleşmesinin belirlediği görevleri kasten veya ihmal sonucu yapmayan yönetim kurulu üyelerinin, şirkete karşı sorumlu olduğu ve bu sorumlulukta BK. m. 528 ve m. 321'deki ölçülerin göz önüne alınacağı düzenlenmiştir. Yönetim kurulu üyeleri şirkete karşı müteselsilen sorumlu olup eğer bu görev belli kişi veya kişilere verilmişse bu takdirde müteselsil sorumluluk doğmayıp sadece bu kişiler sorumludur. Kasıt ve ihmalin tayin ve takdirinde TTK m. 320 delaletiyle BK m. 528 gereğince yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerinde gösterecekleri dikkat ve basiret hakkında BK m. 390 delaletiyle aynı Kanun m. 321'deki ihtimam ölçüsünün esas alınması lazımdır. TTK m. 336, sorumluluğa ilişkin olarak hisse senedi bedelinin pay sahibince ödenen bedelin doğru olmaması, dağıtılan kar paylarının hakiki olmaması, kanunen tutulması gerekli defterlerin tutulmaması veya düzensiz tutulması, genel kurul kararlarının sebepsiz yerine getirilmemesi, kanun veya ana sözleşmedeki görevlerin kasıtlı yahut ihmalen yerine getirilmemesi hallerini saymıştır.

Müdürlerin haksız fiillerinde haksız fiili gerçekleştiren kişilere rücu etmek hakkı saklı kalmak üzere şirket sorumludur⁶⁹. YTTK. m. 632' de limited şirketlere ilişkin haksız fiillere ilişkin düzenleme yapmıştır. Şirketin yönetimi ve temsili ile yetkilendirilen kişinin şirkete ilişkin görevlerini yerine getirmesi sırasında işlediği haksız fiile ilişkin şirketin sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

XIII. MÜDÜRLERİN İŞLEMLERİNDEN SORUMLULUĞU

Müdür, şirket sözleşmesi, genel kurul kararı veya kanunla verilen görevi gereği gibi yapmak zorundadır. Şirket işlerinde kendi işleri için gerekli olan dikkat, basiret ve özeni göstermesi gerekir. TTK m. 556'nın atıfta bulunduğu m. 342'ye göre müdür görevini gereği gibi yerine getirmez veya hiç yerine getirmezse yönetim kurulu üyelerinin tabi olduğu hükümler gereği şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumludur. İş i savsamak, yapmamak gibi hafif kasıtsız hareketleri sorumluluk gerektirir. Şirket akdine dayanan ve ortaklar arasında açılmış bulunan bütün davalar ile şirketin müdürleri, temsilcileri, denetçileriyle şirket veya ortaklar arasındaki davalarda, BK. m. 126 f. 4 uyarınca, 5 senelik zamanaşımı uygulanır⁷⁰.

A.MÜDÜRLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Yönetim ve denetim görevini yapanların hukuki ve cezai sorumlulukları hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır. TTK m. 556 limited şirket müdürlerinin cezai ve hukuki sorumluluğu hakkında anonim şirketin bu konudaki hükümlerinin uygulanacağını öngörmektedir. TTK. 342 de müdürün kanun ana sözleşme veya işgörme koşullarını saptayan diğer

⁶⁹ TEOMAN, Ömer, "Yönetim Kurulu Üyesinin Sorumluluğu", *Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 5:1992-1993, 2. Tıpkı Bastı, Beta, s. 89; DOĞANAY, C. I, s. 1009; ERMAN, agm., s. 58.*

⁷⁰ 6098 sayılı YBK. m. 147 f. 4 aynı düzenlemeyi yapmaktadır.

hükümlerle yükletilen yükümlülükleri gereği gibi veya hiçbir şekilde yerine getirmemesi halinde yönetim kurulu üyelerinin tabi oldukları hükümler gereğince şirkete, pay sahiplerine, şirket alacaklılarına karşı sorumlu olacağı ilkesi kabul edilmiştir⁷¹.

YTTK m. 644 anonim şirket yönetim ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleyen m. 553 hükmünün limited şirketler hakkında da uygulanacağını düzenler. Müdürler yükümlülüklerini ihlal ettiğinde şirkete, ortaklara ve şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. Yetki devrinde devredilen kişi yaptığı işlemde özen göstermiş olduğunu ispat ettiği halde müdürün sorumluluğu doğmaz. Müdürün kontrolü dışındaki yolsuzluk, sözleşmeye veya kanuna aykırılık durumunda sorumluluğu yoktur. Pay sahiplerinin ve alacaklıların tazminat talebi halinde, TTK. m. 309 düzenlemesinin aksine müdürlerden doğrudan ve dolaylı zararları talep edilebilir. Ucu açık olmaması gerekçesi ile böyle bir düzenleme yapılmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu m. 754 de genelleme yapılmamıştır.

Zararın tazmininde YTTK, farklılaştırılmış teselsül bir yenilik olarak getirmiştir. Kanunun 557 müdürlerin birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları halinde, bunlardan herbirinin kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar kişisel olarak kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olacağını düzenleyerek adil bir düzenleme yapmıştır. Davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hakim aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir. Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun gereklerine göre hakim tarafından belirlenir. Buna karşın düzenlemenin üçüncü kişilerin işlem güvenliğini sarsabileceği, dışa karşı sorumluluğun TTK'daki gibi mutlak teselsül ilkesine göre düzenlenmesi gerektiği yolunda eleştiriler de getirilmektedir⁷². Kanaatimce Kanun gerekçesinde belirtildiği gibi getirilen ilke sorumluluğun paylaştırılmasında daha adildir.

TTK. m. 341 gereği Yönetim Kurulu aleyhine hukuki sorumluluk davası açılabilmesi için anonim şirket genel kurulunda bu hususun görüşülmüş ve çoğunluk tarafından davanın açılması kararlaştırılmış ya da esas sermayenin 1/10 unu temsil eden azınlığın dava açılmasını istemesi gerekir⁷³. Sorumluluk davası, ortaklar, şirket alacaklıları ve şirket tarafından açılabilir. Bu dava için genel kurulun kararı gerekir. Şirket tarafından müdürler aleyhine açılacak davanın ortak sayısı yirmiyi aşan şirketlerde denetçiler, yirmi veya daha az ortaklı şirketler için diğer ortaklar tarafından birlikte açılmasına ilişkin, kanundaki düzenleme YTTK'nda bulunmayıp ortak sayısı

⁷¹ "Limited şirket müdürü, hukuken kendisine yüklenilen yükümlülükleri hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde, şirkete pay sahiplerine ve ortaklık alacaklılarına karşı sorumludur. Kar paylarının zimmetine geçirmesi halinde bu meblağın tahsili hususunda pay sahiplerinin dava açma haklarının vardır. Ancak şirket yararına tazminata hükmedilmesi gerekir."11. HD.03.05.2004 T.2003/11084 E, 2004/4876 K, BATİDER, Y. 2005, C.XXIII, S.2, s. 260,261.

⁷² ULAŞ, *agm.*, s. 199.

⁷³ İMREGÜN, *age.*, s. 247, 248;TEOMAN, s. 5, "Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 6, Beta 1994.

önem taşımaz⁷⁴. TTK m. 556. Limited şirket yöneticisinin cezai ve hukuki sorumluluğu açısından anonim şirket hükümlerinin uygulanacağını düzenler. Buna göre müdürler aleyhine dava açmak genel kurula aittir. Genel kurulca dava açılmamasına karar verilip de esas sermayenin 1/10 unu temsil eden pay sahipleri dava açılması hakkında oy kullanırsa şirket bu karar tarihinden itibaren bir ay içinde dava açmaya mecburdur. Süre kaçırılsa dahi dava açılabilir. Denetçiler de bu davayı açabilir.⁷⁵

Yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yaparken şirkete verebilecekleri zarara ilişkin sigorta yapılması YTTK ile getirilen bir yeniliktir. Anonim şirketlere ilişkin, m. 361 batıda yaygın olan bu sigortanın zararların karşılanmasından çok profesyonel sorumluluk bilincine sahip ve görevin gereklerine uygun yetenekleri haiz kişilerden oluşan yönetimin oluşmasında etkindir. Gerekçede ülkemizde Türk sigorta endüstrisinin bu yükü taşıyamayacağı bu nedenle riskin yurtdışına reasüre edilmesinin düşünülmesi, fakat yine de bu başlangıcın dahi yavaş ve tedricen de olsa ihtiyaçlara cevap verme imkânının toplumsal politika ve yarar açısından ihmal edilemez bir katkı olduğunu belirtir⁷⁶. Bu düzenleme de limited şirketler hakkında da uygulanacaktır.

B. MÜDÜRLERİN CEZAI SORUMLULUĞU

İlk idare meclisi ve denetçilerin ihmalinde müteselsilen sorumlu olduklarına dair TTK m. 308 düzenlemesi sonucu cezai sorumluluklarında TCK m. 257 uygulanmaktadır. YTTK ile getirilen bir yenilik ile m. 562 suç ve cezaları belirterek müeyyideleri düzenlemiştir. Kanunda müdürlerin defter tutma, belgelerin kopyasını sağlama, gerekli onayları yaptırmama, kanuna aykırı hareket ve beyanda bulunma, gerekli ilanları yaptırmama gibi maddede sayılan görevlerinin yerine getirilmemesi halinde, hürriyeti bağlayıcı ve adli para cezalarına hükmedileceği düzenlenmiştir. YTTK m. 562 f. 11 hükmünde de m. 1524 deki web sitesini Kanun yürürlüğe girmeden üç ay önce oluşturmayan müdürlerin ve web sitesine konulması gereken içeriği usulüne uygun olarak koymayan müdürler hakkında da verilecek cezalar belirtilmiştir. 563. madde bu suçların şikayete bağlı olmadığı ve resen takip edileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, kasten işledikleri suçlardan dolayı yargılanıp hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olan müdürler bu suçlara ilişkin TCK. m. 53 deki haklardan yoksun bırakılır. Kanun'daki güvenlik tedbiri olarak düzenlenen

⁷⁴ KARAYALÇIN, age., s. 374, 364; TEKİL, age., s. 49.

⁷⁵ ERMAN, age., s. 59; "Dava konusu satış işlemi limited şirketi tek başına temsile yetkili müdür tarafından yapılmış ve bu satış işlemi nedeniyle şirket ile birlikte ortakları da dolaylı olarak zarara uğramışlardır. Dosya içerisinde şirkete yeni bir müdür veya temsilci atandığına dair herhangi bir bilgi veya belge bulunmamaktadır. Yani şirket temsilcisi ile iptali istenen işlemi yapan aynı kişidir. Şirket müdürü olan bu kişiden, kendi eylemi sonucu oluşan zararın giderilmesi için dava açması beklenemez. Şirket müdürü tarafından yapılan satış işlemi ve sonuçları limited şirket ortaklarını doğrudan ilgilendirdiğine ve zarara uğramalarına neden olduğuna göre, münferit olarak dava açabilirler. O halde yerel mahkemece verilen direnme kararı bu nedenle usul ve yasaya uygundur." Şeklinde karar vermiştir. YHGK 2005/1-686 E, 2005/728 K 14.12.2005 T.

⁷⁶ YTTK gerekçesi s. 108, www.tbmm.gov.tr.

haklardan yoksun kalır ve TCK m. 53 f. 1 (d), hükmünce cezası infaz edilinceye kadar şirket müdürlüğü yapamazlar.

C. MÜDÜRLERİN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DAVALARDA GÖREV VE YETKİ

Müdürlerin sorumluluklarına ilişkin açılacak davalarda sulh hukuk mahkemesi görev alanında kalan davalar bu mahkeme, bunun üstündeki davalar asliye ticaret mahkemesinde görülür. Bu davalar HUMK 9.md. gereği müdürün yerleşim yeri veya YTTK m. 561 gereği şirket merkezinin bulunduğu yerde açılabilir.

D. ZAMANAŞIMI

YTTK m. 611, TTK. m. 535 hükmünün tekrarıdır. Haksız yere kar alan ortak veya müdürün bunları geri vermekle yükümlü olduğunu, iyiniyet sahibi oldukları takdirde ortak veya müdürün geri verme borcunun, şirket alacaklılarının haklarını ödemek için gereken miktarı aşamayacağını ve geri alma hakkının paranın alındığı tarihten 5 yıl, iyiniyete dayanan hallerde 2 yıl sonra zamanaşımına uğrayacağını düzenler. YTTK m 560 gereği tazminat davası sorumlu ve zararın öğrenilmesinden itibaren iki yıl ve zarar doğuran eylemin meydana gelmesinden itibaren beş yıl olarak düzenlenmiş, eylem suç oluşturduğu halde ceza dava zamanaşımı uygulanacaktır. Hernekadar TTK.m. 451- 2. bendi “infisah eden şirketin malları, borçları tediye veya temin edilinceye kadar ayrı olarak ve devralan şirket tarafından idare olunur.” demekte ise de bu devralanan şirket alacaklılarına karşı sorumluluk açınsındandır. Şirketin terkinin yapılmadıkça devralanan şirketin yönetim kurulu görev ve sıfatını korur⁷⁷.

YTTK m. 574 uyarınca ortak sayısı bire indiğinde sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren 7 gün içinde müdürlere yazılı olarak bildirilir. Müdürler bildirimini aldıkları tarihten itibaren 7 gün içinde şirketin tek ortaklı limited şirket olduğunu, tek ortağın ad, soyad, vatandaşlık ve yerleşim yerini tescil ve ilan ettirirler. Aksi halde müdürler sorumlu olurlar. Moroğlu Tasarı'nın eleştirisinde müdürlerin bu bildirimini yapmamalarının tazminatın yanı sıra, para cezası yaptırımını da öngörmesi gerekeceğini, ayrıca tek ortağa ilişkin bilgilerin bildirilmesine ilişkin cümlelerin gereksiz olduğunu bunun zaten şirket sözleşmesi ile tescil ve ilan olunduğunu belirtmektedir⁷⁸.

YTTK'da kamu tüzel kişilerinin temsilcisi yönetimdeki kişinin üçüncü kişilere verdiği zarar düzenlenmiş, kamu tüzel kişisi olmayan tüzel kişisine ilişkin bu konuda düzenleme yapılmamıştır. Tek kişilik şirkette yönetim kurulu hususundaki yenilik, anonim şirkette yönetim kurulunun asgari üye

⁷⁷DOMANIÇ, Hayri, Anonim Şirketler, s. 368, Eğitim Yayınları

⁷⁸ MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, s. 171, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Basım, Mayıs 2005; MOROĞLU, age., s. 303; Yazar maddenin “ortak sayısı bire inerse bu durum yedi gün içinde sicile tescil ve ilan ettirilir. Aksi halde müdürler doğacak zararlardan sorumlu olacakları gibi haklarında 100 günden 200 güne kadar adli para cezası uygulanır.” Şeklinde olması gerektiğini belirtir.

sayısının bire indirilmesi ve yönetim kurulu üyesi olmak için ortak olma şartını kaldırmasıdır. Fakat limited şirketlerde bu şart bulunmaktadır⁷⁹.

YTTK m. 1524 elektronik işlemler ve bilgi toplumu başlığı altında sermaye şirketlerinin web sitesi oluşturması ve şirket işlemlerine ilişkin sitede yayınlanacak işlemleri belirtmiş, buna uymamanın kanuna ve Yönetim Kurulunun görevi yerine getirmemesi sonuçlarını doğuracağı hususunda düzenleme öngörülmüştür. Bu limited şirket müdürlerini de kapsamaktadır. Maddenin yaptırımı konusunda eleştirilmektedir. “Kanuna aykırılığın bütün sonuçlarını doğurur” lafzı ile genel kurulun toplantıya çağrı ilanının web sitesinde yayınlanmaması bunun iptalini gerektirmeyip, işlemin askıda hükümsüzlük niteliğinde olması gerekir⁸⁰.

IX. MÜDÜRLERİN KARARLARININ BUTLANI

YTTK m. 644 yaptığı atfı sonucu anonim şirket müdürleri kararlarının butlanına ilişkin m. 391’in limited şirket müdürlerinin kararlarında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Ortaklar, müdürlerin kararlarına karşı iptal davası açamazlar. Batıl kararların tespitini mahkemeden isteyebilirler. Maddede örnek göstererek batıl kararlar gösterilmiştir. Meşru menfaati olanlar belli bir süreye bağlı olmaksızın bu tespit davasını açabilir⁸¹.

TTK m. 334 Yönetim kurulu üyesinin şirketle işlem yapma yasağına aykırı davranması halinde şirketin işlemin batıl olduğunu iddia edebileceğini düzenler. YTTK m. 395 hükmü de yönetim kurulu üyesinin genel kuruldan izin almadan şirketle kendi veya başkası adına, herhangi bir işlem yapamayacağı aksi halde şirketin bu işlemin batıl olduğunu ileri sürebileceği, diğer tarafın ileri süremeyeceğini düzenler. Maddenin 2. fıkrası Yönetim kurulu üyesinin m. 393’ de sayılan yakınları kendisini ve bu yakınlarının ortağı olduğu şahıs şirketi ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit ve ayın borçlanamayacağı bu kişiler için şirketin kefalet, garanti ve güvence veremeyeceği sorumluluk yüklenemeyeceği ve bunların borçlarını devralamayacağı aksi halde şirketi alacaklısı olan bu kişinin şirkete borçlanılan tutar için doğrudan takip edilebileceğini düzenler. YTTK. m. 644 atfı ile m. 395 hükmü burada uygulanır.

X . SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIK

Şirketin borca batık olması halinde müdürlerin bu durumu mahkemeye bildirmesi devredilemez ve vazgeçilemez yetki ve görevlerindendir. YTTK m. 633 atfı ile m. 376’daki anonim şirketlere ilişkin düzenleme burada da uygulanır. Yönetim kurulu tarafından yapılacak işlemler müdürlerce yapılacaktır⁸². Müdürler, m. 633’ün m. 376’a yapılan atfı gereği son yıllık

⁷⁹ YILDIZ, age., s. 249; ÇAĞA, agm., s. 472.

⁸⁰ MOROĞLU, age., s. 192, Baro yayını.

⁸¹ YILDIZ, age., s. 253; Limited şirket temel yapısına aykırı olarak elliden fazla ortak belirlenmesi veya müdürlerin en az birinin ikametgahının Türkiye’de olması şartının uygulanmayacağına karar vermesi gibi haller buna örnek olabilir.

⁸² MOROĞLU, age., s. 192, Baro yayını.

bilançodan sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zararlar sonucu karşılıksız kalması durumunda genel kurulu hemen toplantıya çağırmak ve uygun gördüğü takdirde gerekli önlemleri kurula sunmakla yükümlüdür. Bu önlemler sermaye artırımını, bazı üretim bölüm ve birimlerinin kapatılması, ya da küçültülmesi, iştiraklerin satışı, pazarlama sisteminin değiştirilmesi olabilir. Müdürler mahkemeye başvurmadan önce kanuni yedek akçeler dışındaki açık yedek akçelerle de zararın kapanmaması ve bu zararın sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının yarısını geçmesi gerekir⁸³. Bu durumda müdürlerin genel kurulu toplantıya hemen çağırarak şirketin finansal yönden kötüye gittiğini kurula anlatıp rapor sunması sebepleri göstererek çare sunması gerekir. Aksi halde müdürlerin hukuki sorumluluğu doğar.

A. BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

YTTK m. 633. de düzenlenen bildirim yükümlülüğü anonim şirketlere ilişkin m. 376 da düzenlenmiştir. TTK m.324 yerine düzenlenmiştir. Son yıllık bilançodan sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zararlar sonucu karşılıksız kaldığının anlaşılması halinde yönetim kurulu genel kurulu hemen toplantıya çağırmaya ve uygun gördüğü gerekli önlemleri kurula sunmak zorundadır. Sermaye artırımını, bazı üretim birimlerinin kapatılması ya da küçültülmesi, pazarlama sisteminin değiştirilmesi gibi önlemler bazılarıdır. Bu maddeye dayanarak limited şirket müdürü kötü durumda olan şirketin durumunu tüm açıklığıyla genel kurulda anlatır ve rapor verir. Zarar sebeplerini ve tedavi çarelerini önerir. Genel kurulun çağrılmasında ihmal edilmesi halinde azlık da bu çağrıyı yapabilir⁸⁴.

B. İFLASIN BİLDİRİLMESİ VE ERTELENMESİ

TTK m. 546'nın atfı gereği m. 324 hükmü şirketin mali durumunu bozulması durumunda müdürlerin toplanarak genel kurula durumu bildirme, ara bilanço düzenlemesi ve mahkemeye bildirerek şirketin iflasını veya müdürlerin talebi ile iflasın ertelenmesini düzenlemektedir.

YTTK. m. 376 f. son hükmünce, müdürler şirketin borca batık olduğuna dair emareleri gördüklerinde bir bilanço çıkararak denetçilere sunmak zorundadır. Denetçiler de yedi gün içinde görüş ve önerilerini müdürlere iletir. Rapordan aktiflerin alacakları karşılamayacağı anlaşılıyorsa, müdürler durumu şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirerek şirketin iflasını ister. YTTK m. 377 hükmünce müdür iflas istemiyle birlikte mahkemeye bir iyileştirme projesi sunup erteleme isterse, iyileştirme projesi denetçinin iyileştirme önerilerine de yer veriyorsa projenin gerçekleştirilmesi için gerekli olan özsermaye dâhil nesnel ve gerçek kaynakları içeriyor, ayrıca İİK m. 179 f. 1'deki⁸⁵ nitelikleri haiz bulunuyor ve

⁸³ YTTK m. 376 Gerekçesi, www.tbmm.gov.tr.

⁸⁴ YTTK. Gerekçesi, s.116, www.tbmm.gov.tr.

⁸⁵ İİK m. 179 f. 1 hükmü, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borçlarının, aktifinden fazla olduğu idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye halinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemece tespit edilirse, önceden

önlemlerin alınması halinde şirketin durumunun düzeltilmesi mümkün görülüyorsa mahkeme iflası, uzatmalar dâhil hiçbir şekilde üç yılı geçmeyecek şekilde erteler. İflasın ertelenmesi talepleri öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılır. Görüldüğü gibi şirketin borca batık olması halinde de YTTK müdürlere bilanço çıkartmak, şirketin iflasını istemek, iyileştirme projesi sunarak erteleme isteyebilmektedir.

SONUÇ

TTK.'nda yapılan değişikliklere bakıldığında, YTTK ile limited şirketlerin yönetimi ve temsiline ilişkin en göze çarpan fark, ortakların şirketi birlikte yönetme ve temsili kuralından vazgeçilmesi ve birisi ortak olmak ve Türkiye'de ikamet etmek şartıyla müdürlerin seçimle getirilmesidir. YTTK. ile Genel Kurul ile yönetim arasındaki işlev farkı öne çıkartılmış TTK'daki "Aksi kararlaştırılmadıkça ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirket işlerini idareye ve şirketi temsile mezun ve mecburdurlar." kuralı terk edilmiştir. Küçük ölçekli bir anonim şirket niteliğine dönüştürülen limited şirketlerde yönetimin şirketleşme politikasına uygun yetkin kişilerden oluşan seçilmiş müdürlerin faaliyeti ile şirket yönetiminde profesyonel yönetim ve tam şeffaflık amaçlanmıştır. Özden yönetim ilkesinin, tüm ortaklara yönetim hakkını vermesi ve gerektiğinde kendiliğinden işler hale gelerek ortakları beklemedikleri güçlüklerle karşı karşıya bırakması nedeniyle bırakılmış seçilmiş yönetim ilkesi tercih edilmiştir.

YTTK. ile şirketin temsil ve yönetiminin sağlanması için müdürlerin şirket sözleşmesiyle belirlenmesi hükmü getirilmiştir. Müdürler şirketin maksat ve mevzuuna dâhil her nevi işleri ve hukuki muameleleri şirket adına yapmak ve şirket adını kullanmak hakkını haizdir. Kuruluş sonrası şirkete giren ortak genel kurul ayrı bir karar almadıkça şirketi yönetim ve temsile yetkili ve mecbur değildir. Şirketin yönetimi, sözleşme veya genel kurul kararı ile bölünebilir ve sınırlandırılabilir. YTTK ile tüzel kişi müdür olunabilmenin yanısıra yenilik olarak tüzel kişiliğin sorumluluğuna gidilebilmesi yolu açılmıştır. Birden fazla müdürün bulunduğu limited şirkette bir başkanın bulunacağı, müdürlerin kurul halinde çalışacağı düzenlemesinde bir yenilik olarak kurulun kararlarında başkanın oyunun üstün olması hükmü getirilmiş bununla kurulun kararlarını almasında işlerlik amaçlanmıştır.

Seçilmişliğin sonucu olarak müdürler yeni düzenleme ile ücret kar payı, ikramiye, huzur hakkı ve masrafları alabileceklerdir. Tek kişilik şirket kurulabilmesi imkanı getirilmiş, şirketle yönetici konumunda olan tek ortağın yaptığı işlemlerin yazılı olması şartı getirilmiştir. Müdürlerin görev süresinin

takibe hacet kalmaksızın bunların iflasına karar verileceğini, ancak idare ve temsil ile görevli kimseler ya da alacaklılardan biri, şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olduğuna dair bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesini isteyerek mahkemece proje ciddi ve inandırıcı bulunursa, iflasın ertelenmesine karar verileceğini, iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğunu gösteren bilgi ve belgelerin de mahkemeye sunulmasının zorunlu olduğunu düzenler. Mahkeme, gerekli görürse idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseleri ve alacaklıları dinleyebilir.

ne kadar olacağı hususunda da YTTK.'nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Anonim şirketlere ilişkin hükmün uygulanması gerektiği düşünülmektedir.

Şirketin iştiğal konusu ile bağlı olma ilkesinin kaldırılmasına rağmen müdürlerin üçüncü kişilerle işlemlerinde bunun aranması sonucu şirketin işlemlerinde ultra vires kaldırıldığı, buna karşın müdürlerin üçüncü kişilerle işlemlerinde devam ettiği görülmektedir. Şirketin ehliyetinde ultra vires geçersiz; buna karşılık işlemin konu dışı olduğu biliniyorsa veya bilinebilecek durumda ise ultra vires geçerlidir. Müdürün yaptığı işlemin faaliyet konusu dışında olması halinde üçüncü kişinin bunu bilmesi hususunda bunu kimin ileri sürebileceği, ortağın buna müdahale edip edemeyeceği hususu YTTK.'nda açık değildir. Şirket organlarının eşit işlem ilkesine uygun davranması bir yükümlülük olarak benimsenmiş ve ortakların durumu güçlendirilmiştir. Kanun ile getirilen başka bir yenilik, m.630 gereği ortak olsun veya olmasın genel kural, genel kurulun müdürleri görevden alma yetkisinin bulunmasıdır. Ayrıca görevden alınmada müdürün ortak olup olmaması ayırımı kaldırılmıştır.

TTK'nın ilke olarak "şirketin ortaklarca yönetim ve temsil" düzenlemesinin küçük ölçekli bir şirket türü olan bu şirketlerde ortakları şirket yönetiminde titiz davranmaya ve daha özenli bir yönetim gerçekleştirmeye sevkedeceği düşünüldüğünde, Kanun'un seçimle getirme düzenlemesinin yerinde olup olmadığı tartışılabilir. Kaldı ki, TTK'nın düzenlemesinde de müdür şirket sözleşmesi ile getirilebilmektedir.

KAYNAKÇA

- ARSLAN, İbrahim, Tek Kişilik Anonim ve Limited Şirket, Konya 2008.
- BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Beta
- BİLGE, Mehmet Emin, "Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde Limited Şirketlerde Ortakların Bilgi Alma Hakkı," AÜEHFD, C.IX, S.1-2 2005
- DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, 4. Bası, Beta 2004
- ERMAN, Eyüp Sabri, "Limited Şirketlerde Teşkilat, Yönetim ve Sorumluluk", Yargıtay Dergisi, C.I, S. 4.
- DOMANIÇ, Hayri, Anonim Şirketler, Eğitim Yayınları.
- HİRŞ, Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1946.
- İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 1989.
- KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri, Ankara 1965.
- MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Basım, Mayıs 2005 (Baro Yayını)
- MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, Ekim 2007
- POROY, Reha/
- TEKİNALP, Ünal/
- ÇAMOĞLU, Ersin/Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2009, 11. Bası.
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Temel Esaslar, Güncelleşmiş 8. Baskı, Karahan Kitabevi
- PULAŞLI, Hasan, "Limited Şirketler Hukukundaki Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 2009, C. XXV, S. 2.
- TEKİL, Fahman, Limited Şirketler ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 1994.

TEKİNALP, Ünal, “Tarihi Gelişim İçinde Tek Ortaklı Şirketler Sorunsalı ve Türk Hukukunun Bu Konudaki Açılımı” Prof Dr Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul 2007, s.579-610.

TEOMAN, Ömer, “Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 6, Beta 1994.

TEOMAN, Ömer, “Anonim Ortaklığın Temsili”, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 7, 1995-1996, İstanbul 1997.

TEOMAN, Ömer, “Yönetim Kurulu Üyesinin Sorumluluğu”, Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 5: 1992-1993, 2. Tıpkı Bası, Beta.

OLGUN, Sevinç, “Limited Şirket Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.2, S. 11, Temmuz 2007

ULAŞ, Işıl “Uygulamacı Gözü ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Bakış”, Batider, XXXIII, S. 2, s.189-210.

YILDIRIM, Ali Haydar, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu, İzmir Güncel Yayınevi 2008.

YILDIZ, Şükrü, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Limited Şirkete İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Yedi Tepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı 1, 449, Yıl 2005.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<http://eurex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0667:EN:HTML>

Türk Ticaret Kanunu Tasarı ve Gerekçesi, www.tbmm.gov.tr.

DEMOKRASİYİ NİYET ETMİŞ YARGI, HUKUK VE DEVLET

Seyithan GÜNEŞ*

Hukuk, toplumların düzen, huzur ve güven içinde yaşamasını amaç edinen ve kurumların akıl ve mantığını objektif ölçülerle kurallara bağlayan, yaşamın toplumsal ilişkilerini düzenleyen, olan ve olması gerekli normların bütünüdür.

Bu toplumsal bileşkede normların uygulamasını sağlayan çağdaş mekanizmaların en zirvesinde bulunan araç devlettir. Çağdaş devletin temel amacı ve görevi ise, hukuku uygulamak ve bununla birlikte toplumun huzur düzen ve güvenliğini sağlamaktır. Bu amaç ve sebepler içindir ki devlet egemen güç, hakimiyet ve hükümlanlığa sahip olabilmektedir. Bu gücün rahat taşınabilmesi için üçayağı olan bir mekanizma öngörölmüştür. Bu ayrışım ve bölünmedeki amaç zayıflık değil, devamlılık ve dengeyi sağlamaktır. Devlet gücünün ayrışması/bölünmesi ise yasama, yürütme ve yargı organları şeklinde gerçekleştirilmiştir.

Toplumun huzuru ve düzenini sağlamak için toplumsal normları yasalaştırmak ve yasaların yönetimce uygulanmasını denetleme fonksiyonuna ve organına yasama denilmiştir. Ki teokratik rejimlerde bu görev ilahidir ve dogmatiktir. Diktatörlüklerde ise bu güç bir kişi veya küçük bir grupta olabilmektedir.

Normları uygulama görevi ise yönetime/idareye verilmiştir. Bu faaliyet bir bütün olarak, gerek yerel ve gerekse merkezi teşkilatta yer alan devasa bir organizasyonla yürütölmektedir.

Kişiler arası, kişiler ile kurumlar arası ve kurumların birbirleri ile olan uyumsuzlukların çözümü ise, yapılan ıssş bölümü gereğince yargıya, yani mahkemelere verilmiştir. Söz konusu paylaşımda en zor görev yargıya verilmiştir, denilse yeridir.

Bu üç organ ve bunlara bağı ve bunları tamamlayan ve tekamöl ettiren kurumların bütününe devlet denilir. Başka bir anlatımla bu organların hepsi devleti meydana getirir. Devlet denilen olağanüstü organizasyonun dengesini sağlayan ve kural dışılığı engelleyen ise, bağımsız ve tarafsız yargıdır. Bu anlamda devlet hiçbir dine, mezhebe, etnik gruba, sosyal sınıfa ve zümreye ne yakın, ne uzak; ne düşman, ne dost olamaz. Devlet herkese eşit mesafede ve evrensel kurallara göre hareket etmek durumunda olmak zorundadır. Aksi halde denge bozulur ve sürekli kaos nedenleri çoğalır. İşte bu olası olumsuzluğu engellemekle görevli kurum, bağımsız yargıdır.

Üç organ oluşturulurken yasama görevini yapacak kişileri seçme hakkı vatandaşlara verilmiştir. Seçim halka hem bir hak ve hem de bir ödev olarak verilmiştir. Gerçi bazı toplumlarda halka sadece liderlerin göstereceğı kişileri

* İstanbul Hakimi

onaylamak görevi verilmiş ve asil yok sayılarak iş yürütülmeye çalışılmışsa da bu konumuzun dışında kalmaktadır.

Devletin ikinci organı olan yürütme, devlet bürokrasisi/idaresi tarafından yerine getirilmektedir. Ki bunların bir kısmı sınav, bir kısmı seçim ve bir kısmı da atanma ile iş başına gelmektedir. Bu mekanizmada personelin göreve getirilişi, tayini ve yükselmesi objektif kriterlere bağlanmadığı takdirde bunların verimli ve topluma yararlı olması düşünülemez.

Devlet gücünün en hassas organı yargıdır. Bu organın, asıl sùjeleri olan hakim ve savcıların bazı memleketlerde atama, bazılarında sınav ve bazı memleketlerde ise seçimle iş başına getirildiği bilinmektedir.

Yukarıda anlatılmaya çalışılan tablo, tespit ve önermeler genel olup, her bir ùlkenin durumu ile doğrudan ilgili ve sınırlı olmayan dünyadaki genel ortalama devlet yapısını tespit etmektedir.

Bu genel mekanizma içinde ùlkemizdeki yargının durumuna kısaca bakıldığında ise tablo şöyledir:

Yargılamayı yapan Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarının ilk mesleğe girişi sınavla yapılmaktadır. Sınavı idarenin bir unsuru olan Adalet Bakanlığı yapmaktadır. Belirli bir süreyle yapılan stajdan sonra adaylar hakim ve savcı olarak ve kura ile yeni görev yerlerine giderek görevlerine başlamaktadırlar. Stajın bitiminden sonra, sadece bir kez gerçekleşen kura işlemi ile hakim ve savcılar ilk görev yerlerinde hiç bir özel ve kişisel kayırma olmaksızın göreve başlamaları, yapılan en tartışmasız ve küskünlüğe sebebiyet vermeyen bir durum sayılmaktadır.

Hakim ve Cumhuriyet Savcılarının kuradan sonraki tayinlerinin mesleğin sonuna kadar olan kısmı ise, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulun (HSYK) tasarrufu (tayin, terfi, yükselme, ataması) ile yürütülmektedir.

Bir üst bölgeye mi gidecek, belirli bir mahkeme de görev mi alacak, başsavcı mı olacak yoksa mahkeme başkanı mı; özel bir mahkemede görev mi alacak, komisyon başkanı mı olacak? Bu konular HSYK tarafından belirlenmektedir.

Peki, HSYK üyelerinin de insan olmaları nedeniyle yanılma ihtimalleri yok mudur, sorusu akla gelebilir. Bu olasılık vardır. Çünkü bunlar da insandır. İnsanoglunun her zaman yanılma olasılığı vardır. Önemli olan yanlışların düzeltilme mekanizmasına sahip olup olmamasıdır. Mevcut sistemde muhatabı olan kişi haksızlığa uğradığını veya hak etmeyen bir kişinin bir göreve getirilmesine itirazı varsa bu durumu bir yargısal denetime tabi kılarak dava edebilir mi? Hayır. Zira Anayasamıza göre HSYK kararları yargısal denetime tabi değildir. Bu durumun tek istisnası vardır. O da 12 Eylül 2010 tarihli halk oylamasıyla kabul edilen Anayasa değişikliği ile getirilen meslekten ihraç durumudur.

Örneğin göreve talip bir hakim ve ya savcının talebi haksız olarak reddedilirse, bulunduğu konumdan daha pasif konuma getirilirse veya başka bir yere gereksiz tayin edilirse verilen bu kararları dava edebilir mi? Hayır.

Büyük bir adliyeye bir Cumhuriyet Başsavcısı atanacak olsa, oradaki savcılar kendi başsavcılarını seçme hakkı yok. Merkezden, HSYK seçip gönderecek. HSYK bu seçimi kişilerin dosyalarına bakarak aynı nitelikleri

taşıyan kişiler arasından bir kişiyi atamak durumundadır. Talip olanın sicilindeki bilgiler dışında seçilmesi için yasal olarak yapabileceği bir şey var mı? Yok. Talip olan diğer kişilerin duyguları? Onlar önemli değil. Sonuç, geride kalanların hepsi küskün! Bunun da sonucu verimin düşmesi ve başka arayışlara yönelme.

Mesleğinin vakar ve haysiyeti nedeniyle kişisel arayışlara girip girmemek veya merkezle diyaloga geçip geçmeme tartışması ve iddialarını ise izah etmeye gerek bile yok. Peki, kaybeden kim? Toplum.

Sadece bir kesim veya zümre kişisel arayışlara girecek olur ve etkinlikte bulunursa; bir kısmı da etik değerler ihlal olmasın diye kabuğuna çekilirse, yargıda taraftarlık ve güvenilirlik riski gündeme gelebilir mi? Gelir.

Kısaca bu tablonun yargısal verimsizliğin ve kaosu doğmasına sebebiyet verdiği söylenebilir. Ayrıca böyle bir tablodan bütün devlet kurumlarının etkilenmesi ve sonuçların bütün toplumsal yaşama yansması kaçınılmaz olacaktır. Nihayetinde ise, taraftarlık tartışmaları ve iddiaları yaşanacaktır. Peki, bunun müsebbibi sadece HSYK ve yüksek mahkeme üyeleri veya diğer yargı mensupları mı? Hayır. Bütün toplum ve kurumların sorumluluktan ari olduğu düşünülmemelidir. Denilebilir ki bu güne kadar toplum dinamikleri ancak bunu yapabilmıştır.

Ancak yıllarca uygulanan eski sistemin mahsuru görülerek ve haklı bir iddia ile toplumsal reaksiyon sonucu 12 Eylül 2010 tarihli halk oylaması ile eski durum terk edilerek HSYK'nın yapısı, sayısal durumu ve seçme mekanizması değiştirilmiştir. Ancak yapılan değişikliğin tam olarak test edildiğini söylemek henüz erken gözüküyor.

Eskiden bir hakim veya Cumhuriyet savcısının liyakat ve başarısı ile birlikte kişisel ilişkilere göre üst görevlere gelme durumu çok önemliydi. Şimdi ne değişti? Yeni bir düzenleme yapılmazsa değişen bir durum olmadığını ve sadece dengelerin değiştiği söylenebilecektir. Bir de, kişisel çaba ve özel ilişkilerle bir yerlere gelmek isteyen kişiler için eskiden beş HSYK üyesine ulaşmak yerine şimdi daha fazla kişiye ulaşmak gerekecektir.

Oysa yargının yapılandırılması; belirli kesimin olumlu veya olumsuz etkisinde olmamalıdır. Bir kesime yakın, diğer kesime uzak ilişkiler riskine asla girilmemelidir. Yine hiç bir zaman hakimler diktatörlüğü algısı olmaması gerektiği gibi hiç bir kişi ve kuruluşun da yaptığı hukuksuzluk yanına kar bırakılacak kadar denetimsiz olmamalıdır. Tüyu bitmemiş yetimlerin hakkı yenildiğinde hakimler vardır, ümidi canlı tutulabilmelidir.

Yargının kurumsal demokratikliği hiç bir zaman siyasal, dinsel, bölgesel ve ideolojik unsur ve tesirin altında olmamalıdır. Yargının demokrasi ile ilişkisi siyaset üstü, güncel politikadan uzak, sadece insan haklarını ön plana alan, hukukun üstünlüğünü ve evrensel kuralları uygulamaya yönelik olmalıdır. Yargıda kalitenin olabilmesi için kişisel ilişkilerin asla bir rolü olmamalıdır. Neticede liyakat, tarafsızlık, dürüstlük, başarıyı ön plana çıkaracak bir mekanizmayı kuramadığın takdirde sadece el değiştirme dışında bir sonuç çıkmayacağı da unutulmamalıdır.

Amaç, hukukun üstünlüğü ilkelerine dayalı, dürüstlük, tarafsızlık, çalışkanlık ve hakkaniyet özelliklerine sahip hakim ve savcılar ön plana çıkarmak suretiyle en yüksek adaletin sağlanması olmalıdır. Hiç kimse, dini, mezhebi, bölgesi, ideolojisi ve cinsiyeti gibi kişisel aidiyetleri nedeniyle zerre kadar lehine veya aleyhine bir terfi, tayin ve atanma durumu ile karşılaşmamalıdır. Yargının yeniden kurgulanmasında kişisel ilişki yönünü dışlayan; çalışkanlık, dürüstlük ve tarafsızlığı ön plana çıkaran bir mekanizmanın kurulması ve bunun da etkinliği en üst seviyeye çıkarılmalıdır.

Bilimsel ödüle layık görülen, bilimsel eser yazan ve tarafsızlığından zerre kadar şüphe duyulmamış, çalışkan ve liyakati ile temayüz eden hakimi pasif konumda tutmanın; bu niteliklere ulaşmayan kişileri ise, özel teveccühle daha aktif ve önemli görevlere getirilmesi şeklindeki durumların bir musibet olarak telakki edilip, vicdanları yaraladığını ve toplumu geri götürdüğünü, bunun dışında hiç bir yarar sağlamadığı bilinmeli ve unutulmamalıdır.

Bir örnekle yazıya son verilecek olunursa;

Örneğin, İzmir Ticaret Mahkemesi Başkanlığı boş olsun. Atanma koşulları ise, birinci sınıfa ayrılmış, başarılı, disiplin cezası bulunmayan hakimler arasından seçilmek olsun. 50 hakim bu yer için talepte bulunmuş ve ancak bir kişi atanmış olsun. Birinci olasılık: Eğer geride kalan 49 kişi yapılan atama nedeniyle yeni başkanın kurul üyeleri ile ilişkisi iyiydi, Bakanın hemşerisiydi, eşi şu görevdeydi, şu davada şu şahsı mahkum veya beraat ettirmiş veya şu bölge veya şu düşünceye yakındı, bu nedenle seçildi, diyor veya izlenimini ediniliyorsa, işte o zaman geride kalan 49 hakimın küskün, adalete inancı azalmış ve veriminin düşmesi kaçınılmaz olacaktır. İkinci olasılık: Atanan hakim bir çok kademedan oluşan bir sınavdan geçirilmiş olsun ve birinci gelen kişi atanmış olsun veya zayıf olasılıkla birinciliği bir çok kişi paylaşmış olursa bunlar arasında kura ile o kişi seçilmiş olsun. Bu durumda geride kalan 49 hakimın ruh durumuna bakıldığında; artık kimse küsmeyecek, en başarılı kişi seçilmiş olacak ve o kişi zaten görevini en iyi şekilde yapacaktır. Seçilemeyen 49 hakim seçimden sonra da çok çalışacak, verimi düşmeyecek ve adalete olan inancı da incinmeyecek. Bu örnek yargının bütün birimlerine ve özellikle kalifiye personel gerektiren, adalet komisyonu başkanlığı, başsavcılık ve mahkeme başkanlıkları gibi, birden fazla talebin olduğu makamlar için öncelikle geçerli olmalıdır. Büyük olasılıkla bu şekilde faaliyet gösteren ve hassas durumu gözetken bir HSYK, objektifliği sağlayacak, her türlü yanlışlığı engelleyecek ve gerçek hukukun üstünlüğü ile hakim bağımsızlığını sağlayacak Kurul durumuna gelecektir. Böylece Kurul, toplumun gönlünde taht kuracak yere sahip olacaktır. Toplumun adalete ve yargıya olan inancı ve devlete olan güveni de artacaktır.

İşte eğer hakim ve savcı atanmaları yukarıda belirtildiği şekilde muhataplarını olumsuz düşünceye sevk etmeyecek şekilde yapılacaksa, o zaman gerçekten yeni oluşumla artık eski uygulama aşılmış oldu, modern ve mükemmel oldu denilecektir. Aksine atamalarda ve tayinlerde kişisel ilişkiler geçerli olacak ise o zaman sadece Türkiye'ye yazık olacaktır.

Dileğimiz hiç bir şekilde eski günlerin aranmasına sebebiyet verilmemesidir. Ancak Kurulun bugüne kadar yaptığı atamalar, henüz hukukçu kamuoyunu yeterince tatmin eder gözükmüyor.

YENİ “HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU”(HMK) İLE USUL HUKUKUMUZDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE UYGULAMADAKİ SORUNLARA GETİRİLEN ÇÖZÜMLER

Av. Geylani KOCA

1) Giriş:

Bilindiği gibi 4 Ekim 1927 tarihinde yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, seksen yılı aşkın bir süredir uygulanmış ve bu süre içinde kanunda birçok kez değiştirilmeler yapılmıştır.

Son yıllarda ülkemizdeki temel kanunların büyük bir kısmı gözden geçirilerek yeni tasarıların hazırlandığını ve bunların bir çoğunun kanunlaştığını görüyoruz. Bu cümleden olarak özel hukuk alanında yeni Türk Medeni Kanunu, Milletlerarası Tahkim Kanunu, Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, son olarak Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu yasalaşmıştır.

Hukuk muhakemesi ile ilgili olarak da Adalet Bakanlığı’nca oluşturulan bir komisyon tarafından tasarı hazırlanmış, Bakanlık çıkarılmak istenen kanunun amacını: “Yargı reformu çerçevesinde olmak üzere; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda uygulamadan kaynaklanan aksaklıkları gidermek, davaların hızlı, basit, en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesi ve bir kısım uyuşmazlıkların nizasız kaza, sulh, uzlaşma gibi yöntemlerle çözümünü sağlamak, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri hukuk yargılamasına yansıtma amacıyla yeni bir Kanun Tasarısı hazırlamak.” şeklinde belirtmiştir.

Daha sonra Komisyonca Kanunun amacı “Genel Gerekçe”sinde belirtildiği üzere; yepyeni bir tasarı hazırlamak yerine, mevcut 1086 sayılı Kanunun temel felsefesi korunup, mevcut hükümleri değerlendirip gözden geçirilmesi, aksayan yönlerinin tespit edilerek düzeltilmesi, geçen süre içinde eskien, güncelliğini kaybeden, ihtiyacı karşılamayan kurumların yenilenmesi, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde yeni kurum ve kuralların kabul edilmesi, uygulamada ortaya çıkan sorunlara temel kavram ve kurumları zedelemeyen cevap verecek yeni düzenlemelerin kabul edilmesi ilke kabul edilerek tasarı hazırlanmıştır. Tasarı çalışmaları sırasında İsviçre Federal (Yeknesak) Usul Kanunu Tasarısı ile Avrupa ülkeleri usul kanunlarının mukayeseli olarak değerlendirildiği görülmüştür.

Yeni “Hukuk Muhakemeleri Kanunu”, 12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayı ile ve 4 Şubat 2011 tarih, 27836 sayılı Resmi Gazetede yayınlandı. Kanunun yürürlük maddesine göre yürürlüğe gireceği tarih 1 Ekim 2011 dir.

Bu yazıda, yeni “Hukuk Muhakemeleri Kanunu”muzun getirdiği değişiklik ve yenilikleri, ilgili madde gerekçeleri de dikkate alınarak belirttikten sonra bunlarla ilgili değerlendirmeler yapılacaktır.

2) Kanunun getirdiği yenilik ve değişiklikler:

Hemen belirtelim ki, yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1086 Sayılı Kanunda köklü değişiklikler getirmemiştir. Yeni Kanun ile hukuk usulünde getirilen değişiklik ve yenilikler aşağıda açıklanmaktadır:

1-”Yetki sözleşmesi”nde değişiklik:

Kanunun 17. maddesinde tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişilerin kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmaları kabul edilmemiştir. Bu hükümle tacir olmayan kişilerin korunması amaçlandığı maddenin gerekçesinde belirtilmiştir. Bu konuda Alman hukukundaki hükümler örnek alınmıştır.

2- Hukuki dinlenilme hakkı:

27. maddede davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak “hukuki dinlenilme hakkı”na sahip oldukları hükmü yer almıştır.

Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsurudur. Yargılama süreçlerinin, yargılamada şeklen yer almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapıp karar vermesi düşüncesinden hareket edildiği görülmektedir. Hukukî dinlenilme hakkı olarak maddede ifade edilen ve uluslararası metinlerde de yer bulan bu hak, çoğunlukla “iddia ve savunma hakkı” olarak bilinmektedir.

3- Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü:

29. maddenin birinci fıkrasında dürüstlük kuralı, ikinci fıkrasında ise doğruyu söyleme yükümlülüğü getirilmiştir. Maddenin ilk fıkrası, Türk Medenî Kanunundaki “dürüstlük kuralı”nın medenî usul kanunundaki görünümüdür. Mukayeseli hukukta da dürüstlük kuralına, medenî usul kanunlarında yer verilmektedir. Doğruyu söyleme ödevi tarafların yargılamadaki yükümlülüklerinden biridir. Hukukun temel ilkelerinden biri olan dürüstlük kuralına yargılama sırasında da riayet edilmelidir. Yükümlülüğün ana noktaları vakıalar ve delillerdir. Söz konusu kurala aykırı olması hâlinde işlemin hukukî sonuç doğurması mahkemece önleneyecektir. Yargılamada taraflar bir mücadele içinde olsalar da bu mücadelede her şeyin geçerli sayılacağı kabul edilemez. Muhakeme sürecine ilişkin değişik

maddelerde de dürüstlük kuralına aykırı kötünîyetli davranışların önüne geçmek için bazı yaptırımlar öngörölmüştür. Maddenin ikinci fıkrasında, dürüstlük kuralının özel ve önemli bir unsuru olan doğruyu söyleme ödevi açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu ödevde aykırılık hâlinde beyanlar mahkemece dikkate alınmayacak ve değeriendirilmeyecektir.

4)-Yargılamanın sevk ve idaresi:

32. Madde, 1086 Sayılı Kanun'un 78. maddesini kısmen karşılamaktadır. Ancak maddenin başlığı ve birinci fıkrasında yer verilen "sevk ve idare" terimi yenidir. Dava, vakıaların getirilmesi yönünden, tarafların davası olmakla birlikte, yargılama kamu hukuku ile ilgilidir ve dava açılmakla taraflar ve mahkeme arasında "usulî bir ilişki" doğar. Bununla birlikte yargılamayı hâkim yürütür. Mukayeseli hukukta sevk yetkisi şekli anlamda ve maddî anlamda olmak üzere iki şekilde anlaşılmaktadır.

5- Hâkimin Hukuki Sorumluluğu:

46. maddede yer alan bu hükümle, 1086 Sayılı Kanunun 573-576. maddelerinde düzenlenen hâkimin kusurlu davranışlarından, ilk etapta Devletin sorumlu tutulamayacağı, hâkimin şahsen sorumlu tutulması gerektiği yönündeki esastan ayrılmış ve karşılaştırmalı hukuk da nazara alınarak, hâkimin yargılama faaliyeti esnasında vermiş olduğu zararlardan, ilk plânda Devlete karşı tazminat davası açılması esas kabul edilmiştir. Devlet, daha sonra kusurlu hâkime rücu edebilecektir. Böyle bir düzenleme ile hâkimlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin durum, idarenin memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri eylem ve yaptıkları işlemlerden birinci derecede Devleti sorumlu tutan ve daha sonra da Devletin sorumlu kişiye rücu etmesini kabul eden, Anayasanın 129. maddesinin beşinci fıkrası hükmüne de uygundur.

6- Re'sen ihbar:

61. maddede, taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebileceği belirtilmiştir.

Maddede taraf ihbarı ve şartları düzenlenmiştir. Birinci fıkrada, rücu için temel şart olarak, hem tarafın kendisine rücu edilmesi, hem de kendisinin rücu etmesi ihtimali dikkate alınarak düzenleme yapılmıştır. 1086 sayılı Kanunda, sadece tarafın üçüncü kişiye rücu ihtimali dikkate alınmıştır. Şartları oluşmuşsa, her iki tarafın da bu yola başvurusu mümkündür. İhbarın tahkikat sonuçlanıncaya kadar yapılabilmesi öngörölmüştür. Tahkikat aşamasından sonra ihbarın yapılması, istenen sonucu tam olarak gerçekleştirmeyeceği gibi, yargılamayı uzatıcı bir sonuç da doğuracağından kabul edilmemiştir.

7)-Asli müdahale:

65. maddede, doktrin ve uygulamada kabul edilen ve bazı kanunlarımızda açıkça veya dolaylı olarak zikredilen (örneğin, Kadastro Kanunu), ayrıca yabancı ülke kanunlarında da yer verilen aslî müdahale kurumu

düzenlenmiştir. Asli müdahale, çelişkili kararların önüne geçmek, gerçeğin ortaya çıkartılması, usul ekonomisi, hukukî dinlenilme hakkının tam gerçekleştirilmesi, muvazaalı yargılamaların önüne geçmek gibi amaçlara hizmet eden bir kurumdur.

Zaman bakımından, hüküm verilinceye kadar asli müdahalede bulunulması kabul edilmiştir. Özellikle konusu aynı olan davalardaki hak veya şeyle ilgili çelişkili kararların önüne geçmek bakımından, hükme kadar müdahalenin mümkün olduğu kabul edilmiştir.

Asli müdahale davasını diğer davalardan ayıran temel özellik, asli müdahalede bulunmakta hukukî yararı olan kimsenin, ilk davanın veya yargılamanın görüldüğü mahkemede, ilk davanın veya yargılamanın taraflarını davalı göstererek dava açması ve bu iki davanın birlikte görülmesidir. Bu sebeple, birinci fıkrada bu durum açıkça belirtilmiştir.

8- Dava çeşitleri:

Kanunun “İkinci Kısım”nda düzenlenen eda, tespit ve inşai davalar dışında, “kısmî dava”, “davaların yığılması”, “terditli dava,” “seçimlik dava” ve “topluluk davası” yeni olarak yer almaktadır.

105. maddede, uygulamada sıklıkla kendisine müracaat edilen bir dava çeşidi olan, “eda dava”larına ilişkin genel bir düzenleme getirilmiştir. Eda davaları, davalının bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkum edilmesini hedefleyen bir dava çeşididir. Buradaki “yapmamaya” ibaresinin kapsamına bir şeyi yapmaktan kaçınma eski deyişle “içtinap etme” hâli de dahildir.

106. Maddenin birinci fıkrasında, “tespit dava”larıyla ilgili genel bir tanımlamaya yer verilmiştir. Maddede, kanunla belirtilen durumlar dışında tespit davası açan davacının, eda davası ve inşai davalardan farklı olarak dava açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunduğu hususunu açıkça ortaya koyması bir şart olarak öngörülmüştür.

108. Maddenin birinci fıkrasında, “inşai dava”nın yasal çerçevede tanımı yapılmıştır. İnşai dava, yeni bir hukukî durumun yaratılmasını, mevcut bir hukukî durumun içeriğinin değiştirilmesini ya da onun tümüyle ortadan kaldırılmasını hedefleyen bir dava çeşididir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise inşai davaların, ancak, bir inşai hakkın dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllerde işlerlik kazanacağı hususu açıkça hükme bağlanmıştır.

Maddenin son fıkrasında ise inşai davanın kabulü hâlinde, verilen hükümlere özgü bir nitelik olan inşai etkinin, hükmün verilip şekli anlamda kesinleştiği anda kanunlarda aksine bir düzenleme olmadığı sürece geçmişe değil; geleceğe etkili olacağı hususu açıkça ifade olunmuştur.

109. Maddede “kısmi dava” düzenlenmiş, birinci fıkrasında, “kısmî dava”nın ne zaman işlerlik kazanabileceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli olması durumunda kısmi davanın açılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise dava açılırken fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmamasına ilişkin bir kayda yer verilmemiş olmasının, dava dışı tutulan kesim bakımından feragat edilmesi anlamına gelmeyeceği hususu açıkça hüküm altına alınmış, bu konudaki suskunluğun ileride ek dava açma imkânını ortadan kaldırmayacağına işaret edilmiştir.

110. Bu maddede, Türk hukuk uygulamasında son derece önemli bir yeri bulunan kümülatif dava yığılması Tasarıda benimsenen adıyla “davaların yığılması” kurumu düzenlenmiştir.

Maddede ayrıca, davaların yığılmasının yani kümülatif dava yığılmasının koşullarının neler olduğu da gösterilmiştir. Buna göre, davaların yığılmasının yani kümülatif dava yığılmasının ortaya çıkabilmesi için varlığı gereken koşullar şunlardır:

- a) Davacının aynı davalıya karşı ileri sürebileceği birden fazla talep olacak,
- b) Birlikte ileri sürülen taleplerin tümü aynı yargı çeşidi içinde yer alacak,
- c) Talepler arasında bir aslilik-ferilik ilişkisi kurulmamış olacak,
- ç) Taleplerin tümü bakımından geçerlilik taşıyan bir ortak yetkili mahkeme bulunacak.

111. Maddenin birinci fıkrasında uygulaması son derece yoğun olan “terditli dava”nın yasal çerçevede bir tanımı yapılmış ve terditli davanın hukukumuzda caiz olduğu konusundaki tereddüt tümüyle giderilmiştir. Terditli davanın varlığı için gereken şartların neler olduğu hususuna da yasal düzenlemede açıklık getirilmiştir.

112. Maddenin birinci fıkrasında, “seçimlik dava”nın yasal çerçevede genel bir tanımı yapılmış ve hangi hâllerde seçimlik davanın açılabilceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında, seçimlik davada, davacı dava dilekçesinde seçimlik olarak talepte bulunduğu için, mahkemece talebin hukuka uygun bulunduğu sonucuna varılması hâlinde de, verilecek mahkûmiyet kararı seçimlik bir mahkûmiyet kararı olacaktır.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise seçimlik mahkûmiyet hükümlerinin cebri icra yoluyla yerine getirilmesinin nasıl sağlanacağı hususuna açıklık getirilmiştir.

113. Maddede yer alan düzenlemeyle, esas itibarıyla Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan ve Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde de kabul görmeye başlamış bulunan, “topluluk davası” (grup, sınıf davası)nın kavram olarak da mevzuatımıza girmesi sağlanmıştır. Bu çerçevede dernekler ile diğer tüzel kişilerin statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut

temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarını tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesini temin amacıyla açılacak olan davanın, topluluk davası olacağına açıkça işaret edilmiştir.

Topluluk davası yoluyla, toplumsal yararın korunması ile dar ve teknik anlamda hukukî yarar kavramında bir açılım yaratılması sağlanmaktadır. Mevzuatımız bağlamında, grup davasına örnek olarak, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 23. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenlemeyle, aynı Kanunun 24. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme gösterilebilir.

9- Dava şartları:

114. Maddedeki bu düzenleme, daha çok İsviçre Federal Medenî Usul Kanunu Tasarısının 57. maddesinde yer alan kuraldan esinlenmek suretiyle oluşturulmuştur.

Maddenin birinci fıkrasında, tüm davalar bakımından geçerlilik taşıyan dava şartlarının neler olduğu hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile 1086 sayılı Kanunun 188 inci maddesinin ikinci cümlesinde sözü edilen hâkim tarafından re'sen gözetilmesi gereken hususların neler olduğuna açıkça işaret edilmiştir. Burada sözü edilen dava şartlarından maksat, davanın esastan görülüp karara bağlanabilmesi için, varlığı ya da yokluğu hâkim tarafından davanın her aşamasında kendiliğinden gözetilen ve taraflarca da noksanlığı davanın her aşamasında ileri sürülebilen hâllerdir.

Ayrıca maddede, davanın taraflarına ve davanın konusuna ilişkin dava şartları tek tek sayılmıştır. Bu bağlamda, Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması; yargı yolunun caiz olması; mahkemenin görevli olması; kesin yetki hâllerinde, mahkemenin yetkili bulunması; tarafların davada taraf ve dava ehliyetlerinin bulunması; yasal temsilin işlerlik kazandığı hâllerde, yasal temsilcinin, temsil için gerekli nitelikleri taşıyor olması; davayı takip yetkisine sahip olunması; vekilin, davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamenin bulunması; davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması; davacının dava açmakta hukukî yararının bulunması; aynı davanın daha önceden de açılmış ve hâlen görülmekte olmaması ile aynı davanın daha önceden kesin hükme bağlanmamış bulunması, genel dava şartları olarak belirlenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise münferit davalar bakımından diğer kanunlarda yer alan ve özel dava şartları öngören düzenlemelerin uygulanma alanlarının saklı tutulduğuna işaret edilmiştir.

115. Maddenin birinci fıkrasında, dava şartlarının mevcut olup olmadığı hususunun, davanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden gözetilebileceği; taraflarca da bu bağlamdaki eksikliğin her zaman ileri sürülebileceği açıkça vurgulanmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında, mahkemenin dava şartı noksanlığını tespiti hâlinde, davanın usulden reddi kararı olacağı hususu vurgulanmış; dava

şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise usul ekonomisi ilkesine uygunluk sağlanabilmesi için, hâkimin usulden ret kararı vermeden önce, eksikliğin tamamlanması yönünde ilgilisine kesin süre vermesi esası benimsenmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise davanın esasına girilmesinden önce, dava şartı noksanlığının fark edilmemiş; taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmiş ise usul ekonomisi ilkesine uygunluk sağlanması açısından, artık başlangıçtaki dava şartı noksanlığından dolayı davanın usulden reddedilmemesi gerektiği hususu açıkça hüküm altına alınmıştır.

10- Davacıdan avans alınması:

120. Madde “Harç ve avans” başlığı ile, dava açılırken yargılama harçlarının mahkeme veznesine yatırılması zorunluluğu düzenlenmiştir.

Maddede ayrıca, 1086 sayılı Kanunda yer almayan, yeni bir düzenleme yapılarak, her türlü tebligat ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tutarın, avans olarak davacı tarafından dava açarken yatırılması zorunluluğu getirilmiştir. Bu avansın yetmemesi durumunda ise tamamlanması için davacıya kesin süre verileceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Avans miktarının, davanın türü ve özelliklerine göre her yıl Adalet Bakanlığınca ilân edilecek tarife göre belirleneceği, maddede yer almıştır.

Maddede yapılan bu düzenlemeyle, gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

11- İradi taraf değişikliği:

124. Maddeyle, davacının davalı tarafın açık rızası ile taraf değişikliği yapabileceği; yani görülmekte olan davanın davalısından bir başka kişiye davayı yöneltip, yeni davalıya karşı yürütmesi imkânı, maddî hukuk esasları çerçevesinde öngörülmüştür. Açık rızadan söz edilmek suretiyle, hâkimin davalı tarafa taraf değişikliği konusunda, rızasının bulunup bulunmadığı hususunu açıkça sorması esası da düzenlenmiş olmaktadır.

12- Ön inceleme:

Kanunun Üçüncü Kısımının Dördüncü Bölümünde “Ön İnceleme” başlığı ile medeni usul hukukumuz alanında yeni ve önemli bir yargılama aşaması olarak 137 – 140. maddelerde düzenlenmiştir.

137. Maddede, “(1) Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyumsuzluk konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.

(2) Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez.”

Hükmü yer almaktadır.

Madde, hukukumuzda yeni kabul edilen bir yargılama kesitidir.

Birinci fıkra, ön incelemenin kapsamını belirlemektedir. Ön incelemede hangi işlemlerin yapılacağı açıklanmıştır. Bunlar, usule ilişkin hususlarla, tahkikata hazırlık işlemleri, tarafların delillerini sunmaları ve toplanması için gerekli işlemlerdir. Bu aşamanın önemli bir amacı da tarafları sulhe ve özünde sulhü hedefleyen bir kurum olan arabuluculuğa gitmeye teşvik etmek; böylelikle onlar arasında bir anlaşma sağlanmasına uygun ortamı yaratmak suretiyle, uyuşmazlığın daha ileriki aşamalara gitmeden çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmektir.

İkinci fıkra ile uygulamadaki eski alışkanlıkların devam etmesinin kesin olarak önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ön inceleme işlemleri tamamlanmadan ve bu konuda gerekli kararlar verilmeden tahkikata başlanamaz ve tahkikat için duruşma günü tespit edilemez. Bu fıkra, ön inceleme aşamasının işlevini yerine getirmesi ve beklenen sonucu gerçekleştirmesi için açık bir emri içermektedir. Bu safhada tanık dinleme, belge inceleme, bilirkişi görüşü alma, keşif yapma ve yemin teklif etme gibi tahkikat işlemleri yapılamaz.

Mahkeme, tarafların dinlenmesine ihtiyaç duyuyorsa, bunu da tahkikat aşamasında değil, ön inceleme oturumunda yapacaktır. Böylece dava şartları ve ilk itirazlarla ilgili sorunların, en geç tahkikat başlamadan, ön inceleme duruşması sonunda karara bağlanması amaçlanmıştır.

140. Maddede ön inceleme oturumu, ön inceleme aşamasında özel bir öneme sahiptir. Birinci fıkrada, dava şartları ve ilk itirazlar dosya üzerinden de karara bağlanabiliyorsa, bu şekilde karara bağlanacaktır. Bu durumda, bazen ön inceleme oturumu yapılmasına da gerek kalmayabilir. Örneğin, mahkeme görevsiz ya da yetkisiz olduğuna dosya üzerinden karar verebiliyorsa, ön inceleme oturumuna ihtiyaç kalmayacaktır. Şayet usule ilişkin bu hususlarda, oturum yapılması gerekli ise ön inceleme oturumunda taraflar öncelikle bu konuda dinlenecektir. Usule ilişkin hususlarda taraflar dinlendikten sonra, uyuşmazlığın esasıyla ilgili iddia ve savunmaları dikkate alınarak, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar tespit edilecektir. Bu belirleme genel bir belirleme olmayacak, tarafların ortaya koydukları somut vakıalar üzerinden, tek tek hangi vakıda anlaştıkları ya da anlaşamadıkları belirlenecektir.

150. Maddede yargılamanın kısa sürede sonuçlandırılabilmesi için, davanın takipsiz bırakılması halinde bir defa dosya işleminden kaldırıldıktan sonra, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi kabul edilmiştir.

13- İspat ve deliller:

189. – 191. Maddelerdeki “İspat hakkı”, “ispat yükü” ve “karşı ispat” la ilgili hükümler yenidir.

Bir davada, ispat faaliyetinin tam olarak yürütülebilmesi, mahkemenin uyuşmazlığı doğru tespit ederek yargılama yapabilmesi, karşı tarafın ileri sürülen vakıalara karşı kendini savunabilmesi için, iddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir. Bu vakıaların somut olarak ileri sürülmesi, ilgili taraf için bir yüküdür; bu yükü yerine getirmeyen sonuçlarına katlanacaktır.

Dava açılırken ve cevap dilekçesi verilirken taraflar, dayandıkları vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini de belirtmek zorundadırlar. Delil bir ispat aracı olarak, ileri sürülen bir vakıanın doğruluğunu ispat etmeye yarar. Mahkemenin yargılamayı doğru yürütebilmesi ve makul bir sürede karar verebilmesi için, delillerin vakıalarla bağlantısı kurularak mahkeme önüne getirilmiş olması gerekir. Bu da tarafların dayandıkları delilleri ve her bir delilin hangi vakıanın ispatı için kullanılacağını belirtmeleriyle mümkündür.

14- Belge ve senet:

199. ve 200. Maddelerde belge ve senet düzenlenmiştir. Bu maddelerin yer aldığı bölümde senet yerine “belge ve senet” ibaresi yazılmıştır. Burada ilk defa hukukumuzda belge kavramı ile senet kavramı birbirinden ayrılmış, belge senet kavramını da içine alacak şekilde bir üst kavram olarak kabul edilmiştir. Belgenin üst kavram olarak kabul edilmiş olması ileride meydana gelecek teknik gelişmelere daha kolay ayak uydurulması ve bu yönde düzenleme yapılmasını mümkün kılacaktır. Belge ile senedin ayrılması hem kavramsal hem de hukuki anlamda önemlidir. Her şeyden önce belge genel anlamda bir bilgiyi taşımaya elverişli ortamı ya da şeyi ifade etmektedir. Her belge senet olmadığı gibi, kanunun senet dışında da delil olarak kabul ettiği belgeler mevcuttur.

Senet kesin olarak kullanılan ve kanunun özel bir anlam yüklediği bir belge türüdür.

Elektronik ortamda oluşturulan verilerin tamamı değil bir kısmı (güvenli elektronik imza ile oluşturulan veriler) senet hükmünde kabul edilmiştir.

Kanunda belge ve senet arasında bir ayırım yapılarak, senetle ispat hükümleri gözden geçirilmiş ve yeniden düzenlenmiştir. 1086 sayılı Kanunda yer alan bazı hükümler bu bölümden çıkarılmıştır.

15- Yemin:

Kanunda tamamlayıcı yemine yer verilmemiştir. Takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde, hakimın kanaatini yemin ile değil, diğer delillerle tamamlaması kabul edilmiştir.

16- Bilirkişinin sır saklama ve yetkileri:

Kanunda, bilirkişi ile ilgili yeni olarak, bilirkişinin sır saklama yükümlülüğü ve yetkilerine yer verilmiştir.

Bilirkişi, T. Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi olarak kabul edilmiştir. Bilirkişinin kasten veya ağır kusuru sonucu düzenlediği gerçeğe

aykırı raporun karara esas alınması nedeniyle zarar gören kişilerin devlete karşı sorumluluk davası açabileceği düzenlenmiştir.

17- Keşif:

Yeni Kanunda, keşfe katlanma, keşfi engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınma zorunluluğu getirilmiştir. Bu konuda üçüncü kişinin tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri süremeyeceği hükmü yer almıştır.

Keşfin sadece taşınmazlara ilişkin olmadığı ve soybağının tespiti için inceleme yapılması hakkında hüküm getirilmiştir.

18- Basit yargılama usulü:

Kanunda seri yargılama ve sözlü yargılama usullerine yer verilmemiştir.

316 – 322 maddelerde basit yargılama usulü düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, genel hatlarıyla, sadece dava ve cevap dilekçesi şeklinde, dilekçe aşamasına yer verilmiştir. Replik düplik safhası çıkartılmıştır. Ön inceleme ve tahkikat aşamaları birleştirilmiştir. Yapılacak ilk duruşmada sözlü yargılama ve aynı duruşmada hükmün verilmesi tüm unsurlarıyla tefhimi esas alınmıştır.

19- Geçici hukuki korumalar:

Geçici hukuki koruma kavramı doktrinde kullanılmakla birlikte, Kanunda ilk defa yer verilmiştir.

Geçici hukuki korumalar Kanunun Onuncu Kısımında yer almıştır.

İhtiyati tedbir ve delil tespiti yeniden düzenlenmiştir.

Kanunda genel bir hukuki koruma başlığı altında temel olarak ihtiyati tedbir düzenlenmekle birlikte diğer geçici hukuki korumalara da yer verilmiştir. Bu cümleden olarak mahkemece, gerekli hâllerde, mal veya haklarla ilgili defter tutulmasına ya da mühürleme işleminin yapılmasına karar verilebilir.

İhtiyati haciz, muhafaza tedbirleri ve geçici düzenleme niteliğindeki kararlar gibi geçici hukuki korumalara ilişkin diğer kanunlarda hükümler mevcuttur.

20- Tahkim:

Tahkimle ilgili hükümler Kanunun Onbirinci Kısımındadır. Tahkimle ilgili hükümlerde, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu esas alınmıştır.

21- Cezalar:

1086 sayılı Kanunda öngörülen cezalar, Yeni Kanunda “disiplin hapsi” ve “disiplin para cezası” olarak yer almaktadır.

Davanın görülmesi sırasında kötünietli davranışları önlemek ve yargılamayı daha etkin kılabilmek için “disiplin para cezası” düzenlenmiştir. Bu cezaların ertelenmesi söz konusu değildir.

22- Elektronik ve diğer teknik ortamdan yararlanma:

445. maddede adalet hizmetlerinin elektronik ortamda yapılması ile ilgili hükümler yer almıştır; Bu maddeye göre elektronik ortamda, güvenli elektronik imza kullanılarak dava açılabilir, harç ve avans ödenebilir, dava dosyaları incelenebilir. Bu Kanun kapsamında fiziki olarak hazırlanması öngörülen tutanak ve belgeler güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda hazırlanabilir ve gönderilebilir.

Ayrıca teknik gelişme kolaylıklardan yararlanılması, ses ve görüntü kayıtlarının yargılamada kullanılması benimsenmiş, deliller bakımından teknik gelişmelerin gözetilmesi düşünülmüştür.

23- Çekişmesiz yargı (nizasız kaza) çeşitlerinin sayılması:

Bugüne kadar farklı kanunlarda, dağınık şekilde yeralan çekişmesiz yargı işleri Kanunun 382. maddesinde yer almıştır.

3) Yeni Kanunun yargılamanın sorunlarına getirdiği çözümler ile leştirilen hususlar:

a) Kanunun sorunlara getirdiği çözümler:

-- Yeni “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’muzun usul hukukumuzda getirdiği en önemli yenilik 137. – 142. maddelerinde düzenlenen “Ön İnceleme”dir.

Ön inceleme, davaların gereksiz duruşmalar nedeniyle uzamasının önlenmesine karşı bir hazırlık safhası olarak düzenlenmiştir.

Ön inceleme, davacının dava dilekçesi ve buna karşı davalının cevap dilekçesi ve replik- düplik denilen karşılıklı cevaplar ve bunlara eklenecek belgeler mahkemeye verildikten sonra yapılacaktır. Böylece artık davanın açılması ile dava dilekçesinin karşı tarafa tebliği ile birlikte duruşma günü verilemeyecektir.

Kanunun 137. maddesinde:

“ Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyumsuzluk konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmalarını ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.

Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez.” hükmü yer almaktadır.

Böylece Kanunun getirdiği bu hükümle “layihalar teatisi” safhasının duruşma yapılmadan tamamlanması usul hukukumuzda önemli bir gelişmedir.

Ön inceleme ile işin esasına girilmesi gerekli olmayan usuli işlemlere ilişkin kararların başlangıçta verilmesi, bu şekilde gereksiz işlemlerin ve zaman kaybının önüne geçilmesi, ihtilafın konusunun tespit edilerek

tarafların sulh olma imkanını arttırması, bu suretle tahkikat safhasının da sadece uyuşmazlığa ait delillerin incelenip tartışıldığı bir safha olacaktır.

Ön incelemenin amacına uygun şekilde yapılması halinde, dava şartları ve ilk itirazlar incelenerek çözümleneceğinden, tahkikat için tüm hazırlıklar tamamlanmış olacaktır. Bu durumda tahkikatta sadece tanık dinlenmesi, bilirkişi incelemesi yapılması ve keşif gibi usuli işlemler gerçekleştirilecek, bu yolla tahkikatın kısa sürede tamamlanması mümkün olabilecektir.

-- 1086 sayılı Kanunda yer almayan dava masrafları ile ilgili davacıdan avans alınmasına ilişkin Kanundaki hüküm(m.120), gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davalardaki zaman kaybının önlenmesi bakımından isabetli olmaktadır.

-- Kanunda getirilen “dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü” kuralı (m. 29), taraf usul işlemleri alanında etkisini gösterecek, kurala aykırı olması halinde tarafların beyanlarının ve yaptıkları işlemlerin mahkemece dikkate alınmaması ve sonuç doğurmaması davanın sonucunu olumlu etkileyecek niteliktedir.

-- Muhakeme usulünde elektronik ortamdan yararlanılması zaman ve kırtasiyenin önlenmesi bakımından önemli değişikliktir.

b) Kanunda eleştirilen hususlar:

Davaların geciktirilmeden karara bağlanması Anayasamızın bir ilkesidir. Kanunun genel gerekçesinde usul kanunlarının yargının hızlı işleminde önemli rolü olduğuna yer verilerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile taahhüt edilen adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için 1086 sayılı Kanunda yer alan ve engel teşkil eden hükümlerin değiştirilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Ancak yine Kanunun gerekçesinde 1086 sayılı Kanundaki mahkemelerin görev ve yetkilerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapılmadığı yazılmıştır. Halbuki muhakeme usulü hukukumuzda “görev ve yetki”, özellikle “davanın esasına” girilmesi bakımından önemli bir konudur. Davalarda görev ve yetki nedeniyle davanın esasına girilmesinin gecikmesi, mahkemelerin ve tarafların zaman kaybına ve adalete olan güvenin azalmasına neden olmaktadır.

Mahkemelerde görev ve yetki sorunu nedeniyle davanın esasına girelemeyen binlerce davanın mevcut olduğu bilinmektedir.

Kanundaki hükümlere göre, mahkemenin görevsizliği bir “dava şartı”(madde: 114/c), yetkisizliği de “ilk itiraz”(madde:116/a) olarak ileri sürülebilecektir. Buna göre ilk bakışta görev ve yetki meselesinin ön incelemede karara bağlanıp halledilmiş olacağı anlaşılmaktadır. Ancak, kanundaki hükümle gerek mahkemece gerek taraflarca görev ve kesin yetki itirazının davanın her safhasında ileri sürülebileği hükmü getirilmiştir.

Bu durumda görev ve yetki sebebiyle yargılamanın gecikmesi probleminin bir çözüm getirilmediği ortadadır.

Kanunun 115. maddesinde "Mahkeme dava şartlarının mevcut olmadığını davanın her aşamasında araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilir." metnine yer verilerek hem ön inceleme ile ilgili 137. madde hükmüne ve ön incelemenin amacı ile çelişkili olmakta hem yargılamanın gecikmesine neden olmaktadır. Ayrıca iyiniyetli olmayan tarafın bu yolla davayı uzatmak istemesi mümkündür.

4) Sonuç:

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu, hukuk muhakeme usulü kurallarını tamamen yenileyen bir kanun metni değildir.

Kanun, yargılamanın gecikmesinin önlenmesi konusunda "ön inceleme" hükümleri ile medeni usul hukukumuzda yeni ve önemli bir yargılama aşaması getirmiştir.

Bunun dışında yeni kanunda, genel gerekçesinde de belirtildiği gibi daha güncel kurallar kabul edilmiş, uygulamada ortaya çıkan sorunlara temel kavram ve kurumları zedelemeyen cevap verecek yeni düzenlemeler yapılmış ve kanun metnindeki dilin daha güncel olması sağlanmıştır.

Hukuk Muhakemesi Kanunumuzun eksiklikleri ve daha da geliştirilmesi gereken yönlerinin zaman içinde uygulama da gözetilerek giderilebileceği inancındayım.

KAMU ALANINDA KALAN YERİN UZUN SÜRE KAMULAŞTIRILMAMASI NEDENİYLE DOĞAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Av. Aykut CURA¹ Av. Nezih SÜTÇÜ²

Bu çalışmada, taşınmazı imar planına göre kamu alanında kalan parsel maliklerin hukuki durumu inceleme konusu yapılmıştır. Bilindiği üzere, İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca, belediyeler veya valiliklerce imar düzenlemesine tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımı sırasında, bunların yüzölçümlerinden; yüzde kırkı geçmeyecek şekilde yeteri kadar saha, düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında taşınmaz malikine bedel ödenmeksizin "düzenleme ortaklık payı" olarak düşülebilmektedir.

Düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan yerlerin ihtiyacı olan;

1-Milli Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumları,

2-Yol,

3-Meydan,

4-Park,

5-Otopark,

6-Çocuk bahçesi,

7-Yeşil saha,

8-İbadet yeri ve

9-Karakol **gibi** umumi hizmetlerden ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamaz. Düzenleme ortaklık paylarının toplamı, söz konusu umumi hizmetler için, **yeniden ayrılması gereken yerlerin** alanları toplamından az olduğu taktirde, eksik kalan miktar belediye veya valilikçe kamulaştırma yolu ile tamamlanır (İK m 18/3-4).

¹ Bursa Barosu Avukatı

² Bursa Barosu Avukatı

Uygulamada “düzenleme ortaklık payı (DOP)” yanında “kamu ortaklık payı (KOP)” adı altında bir pay alınmaktadır. Böyle bir işlemin hukuki dayanağı olarak da, İmar Kanununun 18. Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlenmesi İle İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik³ (Bundan sonra “Uygulama Yönetmeliği” olarak anılacaktır) hükmüne dayanılmaktadır. Uygulama Yönetmeliğinin 12. maddesinde ;

“Düzenleme sahasında bulunan okul, hastane, kreş, belediye hizmet veya diğer resmi tesis alanı gibi **umumi tesislere ayrılan** alanların parselleri, düzenlemeye giren parsellerin alanları oranında pay verilmek suretiyle hisselendirilir” denilmektedir. Burada umumi tesis alanında kalan yerler bakımından, umumi hizmetlere ayrılan yerlerden farklı olarak, bedelsiz terkin söz konusu olmadığı, ancak malikin tasarruf yetkisini kısıtlayıcı bir hisselendirmenin bulunduğu görülmektedir. Kanunda bulunmayan ve öngörülmemiş bir şekilde, umumi tesis alanı ayrımı getirilerek, mülkiyet hakkına müdahalede bulunan Yönetmelik hükmünün iptali gerekeceği düşünülmektedir.

Yukarıdaki açıklamalarla birlikte değerlendirildiğinde, bir kimsenin taşınmazının uzun süre kamulaştırılması yapılmaksızın tasarruf yetkisinin kısıtlanması şu şekillerde gerçekleşebilir:

1-Kişinin taşınmazı, daha önceden imarlı haldeyken, plan değişikliği ile, imar planında umumi hizmet alanına alınmıştır. Örneğin daha önceden konut ya da ticaret alanında kalan taşınmaz yeni planda park alanına dönüştürülmüştür. Fakat ilgili idare bu alanı kamulaştırmamaktadır.

2-İmar uygulaması sonucu, kişiye umumi tesis alanından hisse verilmiştir. Ancak ilgili idare, bu tesis alanını kamulaştırarak bedelini vermemektedir. Örneğin, imar uygulaması ile kişinin taşınmazından %40 oranında bedelsiz olarak düzenleme ortaklık payı alınmış, %10 oranındaki taşınmaz hissesi de sağlık tesislerinden (kamu alanından) verilmiştir. Taşınmazı toplamda **%50 zaiyatla** imarlı hale gelmiştir. Ancak bu kişinin sağlık alanında kalan hissesi, yetkili idare tarafından kamulaştırılmamaktadır.

3-Bölge fiilen yapılaşmıştır. Burada imar uygulaması yapılması mümkün değildir. Boş olan alanlar İmar planı ile daha sonra kamulaştırılmak üzere umumi hizmet alanlarına ayrılmıştır. Ne var ki idare bu alanı kamulaştırmamaktadır.

Yukarıdaki örnekler çoğaltılabilir. Taşınmazına imar durumu alamayan kişi, ilgili idarelerin kamulaştırma konusundaki umursamaz tavrına ne kadar süre tahammül edecektir? Zararının giderilmesi için hangi yollara başvurabilecektir? İnceleme konumuz bu hususlardaki sorunlar ve çözüm önerilerini kapsamaktadır.⁴

³ RG: 2.11.1985 Tarih, 18916 Mükerrer Sayı.

⁴ Mülkiyet hakkının imar mevzuatı ile ihlal edilmesi konusunda bkz. BAŞPINAR, Veysel, *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler*, Ankara, 2009, s. 353 vd.

A-İDAREYİ TAŞINMAZA İMAR İZNİ VERMEYE ZORLAMA

Malik, taşınmazına imar izni vermeye idareyi zorlayabilir. Bu durumda, ilgili idareye taşınmaza imar durumu verilmesi için başvurulacaktır. Örneğin, taşınmaz Büyükşehir belediyesi sınırları içindeyse, uygulama imar planında, şartları varsa (taşınmaz nazım imar planında da kamu alanında bulunuyorsa, söz konusu kamu alanı plan raporunda öngörülüyorsa vs.) nazım imar planının değiştirilerek, taşınmaza imar izni için hem büyükşehir hem de ilçe belediyesine başvurulabilecektir. Başvurunun açık (İYUK m 7) veya zımni reddi (İYUK m 10) üzerine de bu idarelere dava açılacaktır.

Sadece Anayasal mülkiyet hakkının ihlali gerekçe gösterilerek davanın kabul edilemeyeceği⁵, keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak taşınmazın imar durumunun irdelenmesi gerektiği kabul edilmektedir.

–“...Konya 2. İdare Mahkemesi 25.12.2003 günlü, E:2003/27, K:2003/269 sayılı kararıyla;... davacılara ait olan taşınmazın % 60'ının 1978 yılında onanan imar planında park alanı ve çocuk bahçesine ayrılmasına karşın, **bu alanda 25 yıldır herhangi bir uygulama yapılmadığı, kamulaştırma yoluna gidilmediği, parselin imar programına alınmadığı, kamu yararı doğrultusunda yapıldığı iddia edilen bu uygulama ile imar sınırlamasının, temel haklardan olan mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak düzeye varandırıldığı, kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengenin kişi aleyhine bozularak Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kabul edilmiş temel bir hak olan mülkiyet hakkının özüne dokunur bir nitelik kazandığı anlaşıldığından, davacıların plan tadilat taleplerinin reddi yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.** ...Dosyanın incelenmesinden, davacıların hissedarı oldukları Karaman, ... Mah. ... ada, ... parsel sayılı taşınmazın % 60'ının 1978 yılından beri imar planında çocuk bahçesi ve park alanı olarak ayrılmasına karşın 20 yılı aşkın süredir kamulaştırılmadığı ve inşaat izni de verilmediğinden bahisle taşınmazın park alanından çıkarılarak imar planı değişikliği yapılması istemiyle yaptıkları başvurularının reddedilmesi üzerine bu işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Danıştay Altıncı Dairesince verilen bozma kararında da belirtildiği gibi, uyuşmazlığa konu taşınmazın çocuk bahçesi ve park alanına ayrılması nedeniyle söz konusu olan kısıtlamanın dayanağını oluşturan 3194 sayılı Yasanın 13. maddesinin 1. fıkrası Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 günlü, E: 1999/33, K: 1999/51 sayılı kararıyla iptal edilmesi nedeniyle yürürlükte olmamakla birlikte, henüz iptal edilen hükümler yerine yeni bir düzenleme getirilmemiş olması nedeniyle, **ilgililerin imar planı değişikliği istemlerinin idarelerce çevredeki nüfus, yoğunluk**

⁵ İmar planının kabul edildiği 21.12.1990 tarihinden beri iki imar programı dönemi geçtiği halde kamulaştırma yapılmadığı gibi, okul yapılması için program dahi bulunmadığından, Anayasal bir hak olan mülkiyet hakkının kullandırılmaması sonucunu doğuran, davacıların taşınmazının imar planında okul alanından konut alanına çevrilmesi yönündeki istemini reddeden Belediye işleminin iptaline dair Bursa 1. İdare Mahkemesinin 11.7.2001, 1999/599, 761 sayılı Kararı temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

ve donatı dengesi yönünden irdelenmesi gerektiği ve planlamanın genel ilkelerinin dikkate alınarak uyumsuzluk konusu taşınmazla ayrıldığı amaç için ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varıldığı takdirde plan değişikliği yapılması mümkün olduğundan, idare mahkemesince plan değişikliği isteminin reddine ilişkin işlemin şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygun olup olmadığı yolunda yapılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle bu hususlar araştırılmaksızın dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesinin ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.”⁶

“Davacıların, ... Mahallesi, ... Mevkiinde, murisleri ... adına kayıtlı ... sayılı taşınmazlar için imar planının söz konusu taşınmazlara ilişkin kısmı değiştirilerek, inşaat izni verilmesi istemiyle yapmış oldukları başvurunun, cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açmış oldukları dava, Bursa 1. İdare Mahkemesinin 13.7.1993 günlü, E: 1991/137, K: 1993/545 sayılı kararıyla ve dava konusu taşınmazların 1978 onaylı imar planında, yeşil alan olarak belirlendiği, 7.6.1990 günlü, 69 sayılı belediye meclisi kararı ile kabul edilen imar planı değişikliği ile taşınmazların bir kısmından çevre yolu geçirildiği, **davalı idarece, davacılara ait taşınmazların yeşil alan olarak düzenlenmesine yönelik plan kararından vazgeçilmesi söz konusu olmadığı için 3194 sayılı Kanunun 13 üncü maddesindeki koşullar oluşmadığından, tesis edilen işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.** Davacıların temyiz istemi üzerine bu karar, Danıştay Altıncı Dairesinin 6.10.1994 günlü, E: 1994/324, K: 1994/3362 sayılı kararı ile bozulmuş ise de; mahkemece, bozma kararına uyulmamış ve davacıların 20.11.1990 günlü başvuruları ile istedikleri plan değişikliğinin, 13 üncü maddeyle tanınan hakkın kullanımını sağlamaya yönelik olduğu, böyle bir isteğin değerlendirilebilmesinin de ancak 13 üncü maddede yer alan iki önkoşulun gerçekleşmesi halinde gündeme gelebileceği, **mahkemelerinin ilk kararının, önkoşullardan birinin, yani yatırımcı kuruluş olan belediyenin vazgeçmesi halinin gerçekleşmediği⁷ olgusuna dayandığı, yatırımcı kuruluşun vazgeçmemesi halinde plan değişikliğine gitme nedeni doğmayacağından, taşınmazın konuta çevrilip çevrilemeyeceğini irdelemenin söz konusu olmayacağı, bu alandaki plan değişikliği isteğinin, 13. maddedeki koşul ve sebeplerden bağımsız**

⁶ DİDDK, 23.10.2008, 2005/2154, 1839, Danıştay Dergisi, Sayı: 121, s. 33 vd.

⁷ İmar Kanunun daha sonra Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 tarih ve 52 Karar sayılı Kararı ile iptal edilen 13 maddesinin 3. fıkrası şöyledir: “Ancak, parsel sahibi imar planlarının tasdik tarihinden itibaren beş yıl sonra müracaat ettiğinde imar planlarında meydana gelen değişikliklerden ve civarın özelliklerinden dolayı okul, cami ve otopark sahası ve benzeri umumî hizmetlere ayrılan alanlardan ilgili kamu kuruluşunca yapımından vazgeçildiğine dair görüş alındığı takdirde, tüm belirli çevredeki nüfus, yoğunluk ve donatım dengesini yeniden irdeleyerek hazırlanacak yeni imar planına göre inşaat yapılır. Bu Kanunun yayımı tarihinden önce yapılan imar planlarında, bahsedilen beş yıllık süre bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren geçerlidir”.

olarak tek başına ele alınması olanağının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin ilk kararda ısrar edilmiştir. Davacılar, uyuşmazlık konusu parsellerin 1978 tarihli imar planı ile umumi hizmetlere ayrılan alan kapsamında yeşil alan olarak belirlendiğı, o tarihten itibaren dava açıldığı tarihe kadar on iki yıl geçmiş olmasına rağmen, taşınmazların ayrıldığı hizmete yönelik herhangi bir işlem yapılmadığı gibi, planda da kullanım şeklinin değiştirilmesi yönünde bir değişiklik yapılmadığı, bu nedenle de 26.11.1990 günlü başvuruları ile bu hususları belirtmek suretiyle 3194 sayılı İmar Kanununun 13/3 üncü maddesi gereğince, imar planı değişikliğine gidilerek inşaat izni verilmesinin istendiğı, başvurularının zımnen reddi üzerine de bakılan davanın açıldığını belirtmekte ve mahkemenin kararının, 13 üncü maddenin getiriliş amacına aykırı olduğunu iddia etmektedirler. Dava dosyasının incelenmesinden, Danıştay Altıncı Dairesinin 6.10.1994 günlü, E: 1994/329, K: 1994/3362 sayılı bozma kararında da belirtildiğı üzere, uyuşmazlık konusu parsellerin 1978 onaylı imar planında yeşil alan olarak belirlendiğı, 7.6.1990 günlü plan değişikliği ile taşınmazın bir kısmından çevre yolu geçirildiğı, geri kalan kısmının ise yeşil alan olarak korunduğunun anlaşıldığı; **davacıların idareye yönelik başvurularının, İmar Kanununun 13. maddesindeki koşulların, kendileri yönünden gerçekleşmiş bulunduğu olgusuna dayanan bir başvuru olduğu ve içeriğinde uyuşmazlık konusu taşınmazların konuta açılması yolundaki talebi de içerdiğinin tartışmasız bulunduğu, bu istemin incelenmesinin, idarenin yeşil alan belirlemesinden bir başka anlatımla bu konudaki plan kararından vazgeçmesi olgusuna bağı tutulmasının, bu davada davacı tarafın isteminin bir kısmının hiç incelenmemesi anlamına geldiğı, nitekim idare mahkemesince bu taşınmazın yeşil alandan konut alanına çevrilmesine ilişkin istemin değerlendirilmemiş bulunduğunun anlaşılması karşısında,** davacıların temyiz istemleri haklı bulunmuş ve bu husus incelenerek karar verilmesi gerekirken, aksi yönde verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, davacıların temyiz istemlerinin kabulü ile Bursa 1. İdare Mahkemesince verilen 11.7.1995 günlü, E: 1995/161, K: 1995/619 sayılı ısrar kararının Danıştay Altıncı Dairesinin bozma kararı doğrultusunda BOZULMASINA ve dosyanın Bursa 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine, 27.3.1998 günü oybirliği ile karar verildi.”⁸

–“Dosyanın incelenmesinden, dava konusu taşınmazın imar planında yeşil alan olarak ayrıldığı, taşınmazın imar planı değişikliği yapılarak yeşil alandan çıkartılması isteminin belediye meclisince zımnen reddi üzerine bakılmakta olunan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. **İlgililerin imar planı değişikliği istemlerinin idarelerce çevredeki nüfus, yoğunluk ve donatım dengesi yönünden irdelenmesi gerektiğı, planlamanın genel ilkelerinin dikkate alınarak uyuşmazlık konusu taşınmaza ayrıldığı amaç için ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varıldığı takdirde plan değişikliği yapılmasının**

⁸ DİDDK, 27.3.1998, 1996/96, 158.

mümkün olduğu açıktır. Bu durumda, idare mahkemesince plan değişikliği isteminin reddine ilişkin işlemin şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygun olup olmadığı yolunda yapılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.”⁹

Bu yönde açılacak davanın kabul edilme şansı azdır. Çünkü, Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik¹⁰ m 10 ve m 16. hazırlanacak her ölçekteki imar planlarının yapım ve değişikliklerinde planlanan beldenin ve bölgenin şartları ile gelecekteki gereksinimleri göz önünde tutularak sosyal ve teknik donatı alanlarında EK-1 deki tabloda belirtilen asgari standartlara uyulacağı belirtilmiştir. Genelde imar planları bu tablodaki standartları sağlayamamaktadır. Kaldı ki imar izni verilmekle, yoğunluk artacak ve bu artış için ek sosyal ve teknik altyapı ihtiyacı doğacaktır (Yönetmelik m 28/1). Ayrıca, Yönetmeliğin 27/2. maddesi gereğince, imar planındaki bir sosyal ve teknik alt yapı alanının kaldırılabilmesi ancak bu tesisin hizmet götürdüğü bölge içinde eşdeğer yeni bir alanın ayrılması suretiyle yapılabilir. Eşdeğer alan yaratılmasındaki zorluk da dikkate alındığında, plan değişikliği yapma talebinin kabulü şansının az olduğu anlaşılır.¹¹

B-İDARENİN KAMULAŞTIRMAYA ZORLANMASI

Taşınmaz maliki ilgili idareyi kamulaştırmaya da zorlayabilmelidir. Taşınmazın imar durumu verilmesi konusunda açılan davanın reddedilmesi üzerine, taşınmazın imar planında öngörüldüğü amaca uygun kamulaştırılması ilgili idareden istenebilir. Örneğin, park alanında kalan taşınmazın, ilgili belediye tarafından kamulaştırılması için söz konusu birimlere başvurulabilir. Başvurunun açık veya zımni reddi üzerine de red kararının iptali istenebilir. Burada, başvuru yapılan idarenin kamulaştırma konusunda yetkili olup olmadığına dikkat edilmelidir. Bu da taşınmazın kaldığı kamu alanındaki niteliğine göre belirlenmelidir. İdarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün ve kanunla düzenleneceğine dair Anayasa 123. maddesi dikkate alınarak, başvuru yapılmalıdır. Aksi halde kamulaştırma ile görevli olmayan idarenin verdiği cevaba karşı açılan dava yetki yönünden reddedilecektir.¹² Örneğin, şehir içinde kalan yolun kamulaştırma yetkisi

⁹ Danıştay 6. Daire, 8.11.2006, 2004/5235, 5112; Aynı doğrultuda, Danıştay 6. Daire, 7.10.2002, 2001/3011, 4097; Danıştay 6. Daire, 9.1.2003, 2001/6807, 105.

¹⁰ 2.11.1985 T ve 18916 1.Mükerrer sayılı RG.

¹¹ Aynı görüşte, MUZMUL, Osman, İmar Planları İle Mülkiyet Hakkı İhlalleri, http://www.haber90.com/author_article_detail.php?id=1804. Ayrıca Sayın Yazar, böyle bir dava başvuru lehine sonuçlansa bile, verilecek kararın, bu alanların inşaat yapımına uygun imar planına kavuşması anlamına gelmeyeceğini; iptal kararı ile, dava konusu arsanın imar plansız hale dönüşeceğini; inşaat yapma hakkı elde edilebilmesi için, buna uygun yeni bir imar planı yapılması gerektiğini; imar planını mahkemenin değil idarenin yapacağını, isabetle ifade etmektedir.

¹² "...kamulaştırmanın Milli Eğitim Bakanlığının yetkisinde olması nedeniyle belediyece davacının kamulaştırma bedelinin ödenmesi yolundaki isteminin karşılanmasına yasal olanak bulunmadığı, davacının imar planı değişikliği yapılması ve planda okul alanına ayrılan alanın konut alanına dönüştürülmesi yolundaki isteminin ise, nazım imar planı değişikliği yapılmadan uygulama imar planı yapılmasına olanak bulunmaması ve nazım imar planı değişikliği yapma yetkisinin ise büyükşehir belediyesine ait olup, davalı ilçe belediyesinin bu konuda yasal

belediyesine¹³ aitken, şehirler arası yol bakımından Karayolları Genel Müdürlüğü¹⁴ yetkilidir.¹⁵ Yine yolun, anayol (ana arter) niteliğinde olması durumunda, büyükşehir belediyesinin kamulaştırmada yetkili olduđu¹⁶ dikkate alınmalıdır.¹⁷ Bu konuda, ilgili tüm idarelere başvurularak alınacak cevapların değerlendirilmesi ile dava açılması uygun olacaktır.¹⁸ Çünkü bazen kanunla tanınmış yetki devrine istinaden¹⁹ başka idarenin kamulaştırma yapması da mümkün olabilmektedir.

yetkisinin bulunmaması nedeniyle; uyuşmazlığın davacının Milli Eğitim Bakanlığı'na yaptığı başvurunun reddine ilişkin kısmı incelendiğinde, Milli Eğitim Bakanlığı'nın imar planında okul yeri olarak ayrılmış alanla ilgili olarak, plan değişikliği yapma yetkisinin bulunmaması nedeniyle...", Dan. 6. D. 21.12.2005, 2255/6540 sayılı Kararının gerekçesinden alınmıştır.

¹³ 5393 sayılı Belediye Kanunu m 14/a, 15/h, 34/b, 69; 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu m 7/g, 28.

¹⁴ 5539 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun m 2/H.

¹⁵ ÇABRI, Sezer, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, İstanbul, 2005, s. 48.

¹⁶ ŞAHİNİZ, C. Salih, Kamulaştırmaz El Koyma, 2006, Ankara s. 136-137 deki içtihatlar. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu m 7/g uyarınca, büyükşehir belediyesinin yetki alanındaki meydan, bulvar, cadde ve **ana yolları** yapmak görevi büyükşehir belediyesine aittir. Yargıtay'a göre ana arterin 20 m den geniş olması gerekmektedir.

"Dava konusu taşınmaz el atılarak yol haline getirilmiştir. Bir yolun ana arter niteliğinde kabul edilebilmesi için yolun 20 metreden daha fazla genişlikte olması gerekir. Dava konusu yolun 12 metre genişliğinde bulunması sebebiyle ana arter niteliğinde olmadığı anlaşıldığından davalı Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı hakkında açılan davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerekirken", Y. 5. HD. 25.10.2004, 7866/10386.

¹⁷ Yargıtay uygulamasında, yetkisiz idare tarafından taşınmaz el atılması durumunda, adli yargıda, el atmanın önlenmesi davası açılabilceğı gibi (TMK m 683/2), uğranılan zararın tazmini (BK m 41) de istenebilir. Fakat, taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi karşılığında, bedelinin ödenmesi istenemez, Y. 5. HD. 16.12.1986, 16858/17085; Y. 3. HD. 9.5.1977, 2265/3089; Y. 3. HD. 26.2.1991, 1990/15812, 1863, ŞAHİNİZ, s. 69-70.

Taşınmaz el koyarak üzerine tesis yapan idare ile bu tesisden faydalanan idarenin farkli olması durumunda, kamulaştırmaz el atma nedeniyle bedel davasının, fiili olarak el koyan idareye değil de, taşınmazı hukuken mülkiyetine geçiren idareye karşı açılması gerekir, YHGK 4.2.1976, 1975/2-1031, 185; YHGK, 10.12.1976, 1975/5-807, 2995, ŞAHİNİZ, s. 138.

Yargıtay yeni tarihli bir kararında ise, fiilen elkoyan idare ile hukuken el koyması gereken idarenin bedelden müteselsilen sorumlu tutulmaları gerektiğini ifade etmiştir. Dava, kamulaştırmaz el atmaya dayanan bedel istemine ilişkindir. **Dava konusu taşınmaz, B.Şehir Belediyesinin sorumluluğunda bulunan ana arter niteliğindeki yola, diğer davalı Atakum Belediyesi tarafından kamulaştırmaz el atılarak dahil edilmiştir. Bu itibarla her iki Belediyenin müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik görülmemiş**, her iki sözü edilen Belediyenin husumet itirazları yerinde görülmemiştir", Y. 5. HD. 28.3.2002, 4718/7250.

¹⁸ -"Kamulaştırma tebliğatında bedel arttırma davasında davanın Milli Eğitim Müdürlüğü aleyhine açılması gerektiği belirtilmiştir. Bu itibarla husumetteki yanlışlığa kamulaştırmayı yapan idarenin sebebiyet verdiği kabul edilmek suretiyle dava dilekçesinin Muş Özel İdaresine tebliğ edilmesi, bu şekilde taraf teşkilinin sağlanmasından sonra hükmün Muş Özel İdaresi aleyhine kurulması gerektiğinin düşünülmemesi doğru değildir", Y. 5. HD. 7.7.5.2002, 3583/10458, YILDIRIM, Bekir/BAŞSORGUN, Naci, Kamulaştırma Davaları, Ankara, 2007, s. 169.

¹⁹ Örneğin, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu m 7/2 de "Büyükşehir belediyeleri birinci fıkranın (c) bendinde belirtilen yetkilerini, imar planlarına uygun olarak kullanmak ve ilgili belediyeye bildirmek zorundadır. Büyükşehir belediyeleri bu görevlerden uygun gördüklerini belediye meclisi kararı ile ilçe ve ilk kademe belediyelerine devredebilir, birlikte yapabilirler" şeklinde hüküm vardır.

Fakat, yerleşik Danıştay uygulamasına göre, İdareleri kamulaştırmaya zorlayacak yargı kararı verilmesine imkan yoktur.

‐‐Dosyanın incelenmesinden, davacılara ait taşınmazın 1973 yılında imar planında okul alanı olarak belirlendiği, davacıların 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 13. maddesinin 1. ve 3. fıkralarının Anayasa Mahkemesince iptali nedeniyle bu iptal kararı doğrultusunda kamulaştırılması, kamulaştırılmaması halinde inşaat yapılmasına olanak sağlanması amacıyla tapu kaydındaki okul alanı şerhinin kaldırılması için izin verilmesi istemiyle Valiliğe yaptıkları başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddedildiği, davalı idarece savunmada bütçe imkanları dahilinde ödenek temin edildiğinde kamulaştırma yoluna gidileceğinin belirtildiği anlaşılmaktadır. Uyuşmazlığa konu taşınmazın okul alanına ayrılması nedeniyle söz konusu olan kısıtlamanın dayanağını oluşturan 3194 sayılı Yasanın 13. maddesinin 1. fıkrası Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 günlü, E: 1999/33 K: 1999/51 sayılı kararıyla iptal edilmekle yürürlükte olmamakla birlikte, henüz iptal edilen hükümler yerine yeni bir düzenleme getirilmemiş olması nedeniyle taşınmaz maliklerinin genel hükümler uyarınca öncelikle imar planında değişiklik yapılması yönünde bu konuda işlem tesisine yetkili olan belediye başkanlığına başvuruda bulunmaları gerekmektedir. Bu durumda, mevcut planın değiştirilmesi için belediye yerine yetkili olmayan Valiliğe yapılan başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddi yolundaki işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığından, aksi yönde verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir. Diğer taraftan, davacılar tarafından Valiliğe yapılan başvuru ile taşınmazın kamulaştırılması isteminde bulunulmuşsa da, Valilik tarafından verilen savunmada ödenek temin edildiği zaman kamulaştırma yoluna gidileceği belirtilmiş olduğundan, 2577 sayılı Yasanın 2. Maddesinin 2. fıkrası uyarınca yargı kararı ile idarelerin işlem tesisine zorlanamayacağı nedeniyle İdare Mahkemesince Anayasa Mahkemesi kararından bahisle kamulaştırma yoluna gidilmemesiyle mülkiyet hakkının yasaya aykırı olarak sınırlandırıldığından bahisle işlemin iptal edilmesinin idareyi işlem tesisine zorlayıcı nitelikte olduğu sonucuna varıldığından, kararda bu yönüyle de isabet bulunmamaktadır.”²⁰

‐‐ 3194 sayılı Yasanın 10.madde hükmü uyarınca kamu hizmetlerine tahsis edilen yerlerin 5 yıllık program süresince kamulaştırılması, bu amaçla gerekli ödeneğin kamu kuruluşlarının yıllık bütçelerine konulması

‐‐ Karayolları Genel Müdürlüğü ile İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı arasında düzenlenen 08.11.2004 tarihli devredilecek yollar ve kavşaklar hakkındaki devir protokolü eki harita ile UKOME Başkanlığından dava konusu taşınmazların bulunduğu yere ait ana arter listesi getirtilerek; dava konusu taşınmazların protokolde belirtilen yol ve kavşakların kapsamında kalıp kalmadığı ve ana arter niteliğinde olup olmadığı hususunda fen bilirkişi marifetiyle mahallinde yeniden keşif yapıp, krokili rapor tanzim ettirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik, incelemeyle hüküm kurulması doğru görülmemiştir”, Y 5. HD. 11.3.2008, 1442/2850.

²⁰ Danıştay 6. Daire, 5.6.2003, 2002/3200, 3476.

gerekmekte ise de, idareler ancak maddi olanakları dahilinde kamulaştırma yapma durumunda olduklarından, davalı belediye tarafından kamulaştırma amacı ile 5 yıllık imar programına dahil edilen yolun maddi imkansızlık nedeniyle kamulaştırılamaması üzerine ikinci 5 yıllık programa da alınması ve bu program süresinin henüz tamamlanmamış olması, diğer taraftan Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca bütçeye kamulaştırma için gerekli ödeneğin de konulmamış olması karşısında, bu aşamada aksi yolda verilecek bir yargı kararı idareyi işlem tesisine zorlayıcı nitelikte olacağından mahkemece verilen kararda isabet bulunmamaktadır.”²¹

Oysa, Anayasa Mahkemesi’nin 29.12.1999 tarih ve 33/51 sayılı Kararında aynen ;

–“3194 sayılı Yasa’nın 13. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında imar plânlarında, resmi yapı, okul, cami, yol, meydan gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlerin, imar programına alınıncaya kadar mevcut kullanma şeklinin devam edeceği öngörülmüştür. Yasa’nın 10. maddesinde de belediyelerin, imar plânlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde bu planı uygulamak üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlayacakları belirtilmiş, ancak Yasa’da bu plânların tümünün hangi süre içinde programa alınarak uygulanacağına ilişkin bir kurala yer verilmemiştir. **13. maddenin birinci fıkrası uyarınca imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin mevcut kullanma şekillerinin ne kadar devam edeceği konusundaki bu belirsizliğin, kişilerin mülkiyet hakları üzerinde süresi belli olmayan bir sınırlamaya neden olduğu açıktır.** İmar plânlarının uygulamaya geçirilmesindeki kamusal yarar karşısında mülkiyet hakkının sınırlanmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişen bir yönü bulunmamakta ise de, **itiraz konusu kuralın neden olduğu belirsizliğin kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozarak mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirmesi, sınırlamayı aşan hakkın özüne dokunan bir nitelik taşımaktadır.** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de 23.9.1981 günlü Sporrang ve Lonnroth kararında, kamulaştırma izni ile inşaat yasağının uzun bir süre için öngörülmüş olmasının, toplumsal yarar ile bireysel menfaat arasındaki dengeyi bozduğu sonucuna varmıştır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir... **İtiraz konusu kuralla, mülkiyet hakkına getirilen sınırlama, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirerek bir hukuk devletinde kişinin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında bulunması gereken dengenin bozulmasına yol açarak hukuk güvenliğini yok etmektedir.**Bu nedenlerle kural, Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. İptali gerekir.”

²¹ Danıştay 6. Daire 19.10.1994, 2060/3643. Danıştay’ın eski uygulaması da bu yöndedir, Danıştay 6. Dairesi 11.11.1967, 1964/834, 3191, ÖRÜCÜ, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul, 1976, s. 116-117.

denilmektedir.²² Fakat Anayasa Mahkemesi'nin bu Kararından sonra dahi Danıştay'ın görüşü değişmemiştir.

–“Dava, 1/1000 ölçekli imar planında park alanında kalan ..., ..., ... pafta, ... ada ... parsel sayılı taşınmazın kamulaştırılması isteminin reddine ilişkin 1.11.2001 günlü, 12557 sayılı işlemin iptali ile taşınmaz üzerinde bulunan sınırlamanın kaldırılmasına karar verilmesi istemiyle açılmış; idare mahkemesince, davanın konusunun taşınmazın imar planında park alanında kalması nedeniyle kamulaştırılması isteminin reddine ilişkin işlemin iptali ve taşınmaz üzerinde bulunan sınırlamanın kaldırılması istemiyle dava açılmış olmasına karşın; **davanın konusunun taşınmazın kamulaştırılması veya kamulaştırılmadığı takdirde üzerindeki sınırlamanın kaldırılması isteminin reddine ilişkin işlem ve bu işlemin dayanağı olan taşınmazın yeşil alana tahsisine ilişkin kararın iptali istemi olduğu kabul edilerek, 3194 sayılı İmar Kanununun 13. maddesinin 1 ve 3. fıkralarının Anayasa Mahkemesince iptal edildiği, davacılara ait taşınmazın tasarrufunu kısıtlayıcı herhangi bir hüküm bulunmadığı, aradan geçen süre içinde de kamulaştırma işlemlerine de başlanılmadığı dikkate alındığında dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiş;** karar davalı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyada yer alan bilgi ve belgelerin incelenmesinden, dava konusu taşınmazın planda park olarak ayrıldığı; ancak bugüne kadar parsel üzerinde herhangi bir uygulama yapılmadığı ve taşınmaza ilişkin kamulaştırma işleminin de tesis edilmediği; davacının taşınmazının kamulaştırılması istemiyle idareye başvurduğu, isteminin reddi üzerine bu işlemin iptaliyle birlikte taşınmaz üzerinde bulunan sınırlamanın kaldırılmasına karar verilmesi istemiyle bakılmakta olan davayı açtığı; idare mahkemesinin ise davanın konusu olarak taşınmazın kamulaştırılması veya kamulaştırılmadığı takdirde üzerindeki sınırlamanın kaldırılması isteminin reddine ilişkin işlem ve bu işlemin dayanağı olan taşınmazın yeşil alana tahsisine ilişkin kararın iptali istemi olduğu kabul edilerek iptal kararı verildiği anlaşılmaktadır. İdarelerin kamu hizmetlerini yerine getirebilmeleri için hizmetin ihtiyacı olan özel kişilere ait taşınmazları **2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre kamulaştırabilecekleri; ancak bu kamulaştırma işlemlerini de program ve ödeneklerinin yeterliliği çerçevesinde yapabilecekleri açık olduğundan, idareleri kamulaştırmaya zorlayıcı nitelikte yargı kararı verilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan, davacı taşınmazı üzerinde bulunan kısıtlılığın kaldırılmasını idare mahkemesinden istemiş olduğundan, mahkemenin idarenin yerine geçerek idari işlem niteliğinde**

²² Bundan başka, Anayasa Mahkemesi, Kamulaştırma Kanunu 38. maddesindeki; **“Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyed veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala elkoyma tarihinden başlar”** şeklindeki hükmü, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasını aştığı, hakkın özünü zedelediği, mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramayacağı ve kazanılmış haklara saygı ilkelerine aykırı olduğu gerekçeleriyle iptal etmiştir, AYM, 10.4.2003, 2002/112, 33.

karar verebilmesi de olanaksızdır. Bu durumda, idare mahkemesince yukarıda belirtilen hususlar göz önünde bulundurulmaksızın karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.”²³

Devleti koruma düşüncesine dayanan bu uygulamanın, anayasal ve evrensel mülkiyet hakkının, hak arama özgürlüğünün ihlaline neden olduğu açıktır.²⁴ Fakat Danıştay’ın bu görüşünü terk etmesine veya bu konuda yeni bir düzenleme yapılmasına kadar, idareleri kamulaştırmaya zorlamak mümkün görülmemektedir.

Ancak, yukarıdaki (A) bendinde açıklandığı üzere, imar planında değişiklik yapılarak, taşınmaza imar verilmesi konusundaki talebin reddi üzerine açılacak davanın esastan incelenmesi mümkündür.

Taşınmazı kamulaştırmakla yükümlü idareye kamulaştırma konusunda, imar durumu vermekle yetkili idareye de, imar durumu verilmesi için başvuru yapılabilir. Örneğin, taşınmaz okul alanında kalmakta ise, kamulaştırma için bu Bakanlık²⁵ veya Valiliğe²⁶, imar durumu için de belediyesine başvurulabilir. Başvuruların açık veya zımni reddi üzerine de bu idarelere birlikte dava açılabilir.

‐Dava, Bursa, Kestel ilçesi, Kale Mahallesi, 150 ada, 1 sayılı parselin 343 m2’lik kısmı ile, 135 ada, 5 sayılı parselin, **3583 m2’lik kısmının kamulaştırılması ya da plan tadilatı yapılarak konut alanına dönüştürülmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlem ile 29.06.2005 günlü, 30093 sayılı ödenek yetersizliği nedeni ile taşınmazın kamulaştırması işlemlerine başlanılmadığı yolundaki Valilik işleminin iptali istemiyle açılmış;** İdare Mahkemesince, yerinde yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporun ve dosyanın birlikte değerlendirilmesinden, planda davacının istemi gibi değişiklik yapılması halinde öğrenciler için asgari yürüme mesafelerinin aşılabacağı, mevcut okul alanlarının belirlenen standartlar ve asgari büyüklük koşullarını dahi sağlamazken plan değişikliği ile taşınmazın okul alanından çıkarılması isteminin reddine ilişkin işlemde şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına aykırılık bulunmadığının anlaşıldığı, idareleri mahkeme

²³ Danıştay 6. Dairesi, 10.12.2002, 4906/5794, Danıştay Kararları Dergisi, 2003/1, s. 245 vd.; Aynı doğrultuda, Danıştay 6. Dairesi, 5.6.2003, 2002/3200, 3476, ÇABRİ, Sezer, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, s. 107-110.

²⁴ Bu konudaki haklı eleştiriler için bkz. ÇABRİ, s. 109-110

²⁵ Örneğin teknik lise veya Anadolu lisesi yapılması durumunda, Milli Eğitim Bakanlığı yetkili olacaktır, Y. 5. HD. 21.3.2002, 3610/6609, YILDIRIM/BAŞSORGUN, s. 1292-1293; Y. 5. HD. 6.5.2004, 3552/3551, YILDIRIM/BAŞSORGUN, s. 1323.

²⁶ 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununa göre (m 6/a, 26/b), ilk ve orta öğretim kurumlarına arsa temini il özel idaresinin görevi olup, vali, il özel idaresinin başı ve tüzel kişiliğinin temsilcisidir (m 29).

‐İlk öğretim okullarına arsa temini görevi il ve ilçe merkezlerinde özel idareye ait olduğundan, davanın bu idare aleyhine açılması gerekirken, husmuet ehliyeti bulunmayan Milli Eğitim Bakanlığı aleyhine hüküm kurulması doğru değildir, Y. 5. HD. 27.5.1999, 7611, 9430, ŞAHİNİZ, s. 134-135 deki benzer içhatlar.

kararıyla kamulaştırma yapmaya zorlamanın mümkün olmaması nedeniyle bu istemin reddine ilişkin işlemde de hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

SONUÇ : Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Bursa 1. İdare Mahkemesi'nin 14.02.2007 günlü, E:2005/1302, K:2007/157 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyle anılan mahkeme kararının ONANMASINA, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 13.05.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.²⁷

Eğer, kamulaştırma ve imar durumu verme konusunda aynı idare yetkili ise, her iki talep bu idareye yapılabilir.²⁸ Örneğin, taşınmazın park alanında kalması üzerine, her iki başvuru da belediyesine (büyükşehir belediyeleri kapsamındaki yerlerde, ilçe belediyesi ile büyükşehir belediyesine birlikte) yapılacak, alınan red cevaplarına karşı birilikte dava açılabilir. Bu gibi durumlarda öncelikle imar planı incelenecek, plan değişikliği talebinin hukuka uygun olmaması halinde, kamulaştırma talebinin reddine dair işlemin hukuka uygunluğu denetlenecektir. Fakat, Danıştay'ın, idareleri kamulaştırmaya zorlayıcı karar verilemeyeceğine dair görüşü dikkate alınarak dava hazırlığı yapılmalıdır.

C-KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA NEDENİYLE TAZMİNAT TALEBİNDE BULUNULMASI

Taşınmazın kamulaştırılmaması, imar planındaki değişiklik talebinin reddedilmesi, bu red kararına karşı idare mahkemesine açılan iptal davasının da esastan reddi üzerine, ikinci aşamada kamulaştırmaz el atma davası açılması söz konusu olabilir.

Yargıtay'ın aksi doğrultuda bir çok kararı olmasına rağmen, taşınmazda hukuki yönden tasarrufun engellenmesi nedeniyle, ilgili idare aleyhine kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminat davası açılabilir.²⁹ Bu doğrultudaki YHGK ve karşı oy yazısı şöyledir;

-“ Taraflar arasındaki "kamulaştırmaz el atma iddiasına dayalı tazminat " davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 24. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 9.6.2003 gün ve 961-362 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5.Hukuk Dairesi'nin 15.12.2003 gün ve 10879-14352 sayılı ilamıyla; (...Dava, kamulaştırmaz el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir. Davalı idare, davacıların da paydaş olduğu taşınmaza fiilen el atmadığı gibi, üzerinde tesis de yapmadığından,

²⁷ Danıştay 6. Daire, 13.5.2009, 2007/5459, 5534.

²⁸ Bu konudaki dava dilekçesi örneği için bkz. ERGEN, Cafer, İmar Davaları Rehberi, Ankara, 2009, s. 810-811.

²⁹ ÇABRİ, s. 111.

kamulaştırmamasız el attığından bahisle bedelin tahsiline karar verilmesi, Doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: Dava, kamulaştırmamasız elatma iddiasına dayalı bedel istemine ilişkindir. Mahkemenin; "Kamulaştırmamasız elatma koşullarının kayden ve hukuken gerçekleştiği" gerekçesiyle, "davanın kabulüne" dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı nedenle bozulmuş, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve **özellikle 3194 sayılı İmar Kanunun 18. maddesine göre uygulamaya tabi tutularak davacılara pay tahsis edilen dava konusu imar parseli, imar planında lise alanı olarak ayrıldığından; davacıların taşınmazdan bağımsız yararlanma ve başka türlü kullanma olanağı kalmadığına göre; mahkemenin, kamulaştırmamasız elatma koşullarının gerçekleştiği yönündeki direnme kararı yerindedir.** Ne var ki bozma nedenine göre işin esası Özel Daire'ce incelenmediğinden, davalı idare vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daire'ye gönderilmelidir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkemenin direnmesi yerinde görüldüğünden, davalı vekilinin esasa ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 5. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE, 02.02.2005 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.³⁰

MUHALEFET ŞERHİ : "Kamulaştırma ve Kamulaştırmamasız El Atma Davaları isimli kitabın (yazarı Zeki Akar), Kamulaştırmamasız el atma bölümünün 939 ve 941. sahifelerinde; Kamulaştırmamasız el atma; A- Genel olarak başlığı altında; Kamulaştırmamasız el atmadan söz edilebilmesi için; Kamulaştırma yetkisine haiz olan idarelerin, kamulaştırma yapmaksızın, başka şahısların taşınmaz mallarına el koymaları ve kamu yararına tahsis etmeleri veya üzerine tesis yapmaları gereğine değinilmiştir. Somut olayda; Taşınmaz Hazine adına kayıtlıdır. Birleştirilen parsel ise; şahsa aittir. Birleştiren Belediyedir. Hazine, birleştirme işlemini yapmamıştır. Birleştirmeyi 3. şahıs durumunda olan Belediye yapmıştır. (Bu davanın Belediye aleyhine açılması gerektiği dahi düşünülebilir.) Buradaki el atmadan maksat fiili el koymadır. Aynı kitabın 941. sahifesinde; Y.5 HD. 28.5.1998 T. 1998/5605 E., 8089 S.K.da; "İdarelerin taşınmaza fiilen el atmaları, el atmanın devamlı olması ve sahiplerinin tasarruflarını engellemeleri gerekir." demek suretiyle, fiili el atmanın açıklamasını yapmış, bunun devamlılık arzetmesi gerektiğini vurgulamıştır. Yine Y.5 HD. 1.6.1992 T. 1992/9732 E, 14567 sayılı kararında; "Taşınmaza fiilen el konulmadığından, bedelinin talep edilemeyeceği" açıklamıştır. Bu kararı teyit eden aynı mahiyette binlerce karar vardır. Örnek olarak (Y.5 HD.'nin 28.5.1998 T. 1998/5605 E, 8089 K. "29.4.1999 T. 1999/3246 E, 6995 K. "28.10.1999 T. 1999/14888 E, 16721) kararları gösterilebilir. YHGK.nun 12.5.1999 T. 1999/5-281 E, 284 SK.da; "Kamulaştırmamasız el atmadan söz edilebilmesi için İdarenin taşınmaza fiilen el atması, mal sahibinin tasarrufunun engellemesi gerektiğinden, arazi olarak kullanılması (olayımızda arsa) engellenmediğinden, taşınmazın tapu kaydına güvenlik bölgesi içinde kaldığının şerh edilmesi, fiili el atma niteliğinde değildir. " Denilmiştir. Bu kararı YHGK.nun 12.5.1999 T. 1999/5-280 E, 283 SK.da teyit etmiştir. Somut olayda fiili el atma var mı? Yok mu? Bunu irdeleyelim; Davacıların dava dilekçelerinde, "...Söz konusu parsel imar planında lise yeri olarak ayrılmıştır. Tarafımızdan yapılan inceleme de parsel üzerinde halen Fatih Sultan Mehmet Lisesi ve bahçesinin olduğu görülmüştür. Böylece davalı İdare parseli

³⁰ YHGK 2.2.2005, 2004/5-555, 17, İstanbul Barosu Dergisi, 2008/1, s. 272 vd.

kamunun kullanımına sunularak kamulaştırmaz el atma eylemini gerçekleştirmiştir, demektedirler. Halbuki; Hazine'nin taşınmazında daha önceden yapılmış ve birleştirilen davacılar parselinden duvar ile ayrılmış, kendi parseli üzerinde okul ve bahçesi vardır. O yüzden ki, davacılar vekili davalı İdarenin fiilen taşınmazlarına el attığını yazmıyor, yazamıyor. Yeni bir el atma türünü ya tutarsa diye ortaya atıyor. Zaten Hazine'ye ait 4201 ada 15 numaralı parsel imar tadilatından önce "Lise binası ve bahçesi" olarak tapuda kayıtlıdır. Daha önce aynı konuda açılan davanın davacısı da "Dahil edilen kısım bahçe duvarının dışında kalmaktadır. Arsa okul tarafından fiilen kullanılmamaktadır. " demiştir. Birlikçisi Kurulu Raporunda da; kesin olarak; davacıların dahil edilen parseline, davalı İdarenin fiilen bir müdahalesinin olmadığı tesbit edildiği vurgulanmıştır. Yani Hazine'nin, davacıların parseline fiili bir müdahalesinin olmadığı, davacılar, vekilleri, önceki davanın davacıları ve birlikçi kurulu raporu ile açık ve net olarak bildirilmiştir. Kamulaştırmaz el atmadan bahsedebilmek için gerekli olan fiili el atma söz konusu değildir. Fiili el atma olmadığından bunun devamlılık arz etmesinden de bahsedilemez. Raporun sonuç bölümünde ise, bu açıklamaya aykırı olarak birlikçiler hakim yerine kaim olarak, istenmediği halde, hukuki durumu irdeleyerek "... Dava konusu taşınmazın rapor eki, mahal krokisi ve resimlerde de görüldüğü gibi okul binası, okul bahçesi gibi tesisler yapılarak, taşınmazda davacı maliklerin kullanma imkanlarının kalmadığı keşif sırasında görülmüştür. ..." demek suretiyle tamamen mücerret, yanlış ve yanıltıcı kanaate varmışlardır. Zira okul binası, bahçesi ve iki parseli ayıran bahçe duvarı daha önceden vardır, yeni yapılmamıştır. Davacıların parseli tarafında kalan taşınmaz Hazine'nin herhangi bir el atması da yoktur. Kendi taraflarını davacılar kullanabilirler. Henüz davacıların kullanmalarına İdarece müdahale de edilmemiştir. Davacılar veya vekillerinin bu şekilde bir iddiaları da yoktur. Yani Hazine, bizlere taşınmazı kullanırmıyor dememişlerdir, diymemişlerdir..... Verilen bozma kararı neden doğrudur? Neden haklıdır? Yukarıdan beri açıklamaya çalıştık. Ayrıca; Aynı kitabın 956. sahifesinde somut olaya aynen uyan, Y. 5 HD.'nin 22.11.1999 T. 1999/17315 esas, 18536 sayılı kararında; "İmar planında Hükümet Konağı olarak ayrılan taşınmaz inşaat yapılamaması sebebiyle açılan tazminat davasının fiili elatma olmadığından reddine karar verilmesi gerekir. " Denilmiştir ve doğrudur. Davalı Hazine, davacıların birleştirilen kısımdaki taşınmaz malına hiçbir müdahale de ve tasarrufta bulunmamıştır. Bu nedenle bedel talep edilemez. Önceki kararı doğrulayan ve görüşümüzü teyit eden 5.Hukuk Dairesinin 17.3.1992 tarih 1992/3488-8039 sayılı kararında ve kitabın 1010. sahifesine alınan aynı mahiyetteki 3 adet kararında da şu şekilde içtihatla bulunuyor. "2981 sayılı İmar Affı Yasası'na uygun olarak yapılan düzenlemeler sırasında, bir kısım taşınmaz okul yeri olarak imar planında ayrılmış olabilir. Bu kısma İdare fiilen el atmamış ve sahiplenmemiş ise, imar ıslah çalışması yasa gereği yapılan bir işlemdir. Okul yeri olarak ayrılan kısım için kamulaştırmaz elatma nedeniyle bedel davası açılmaz." Demektedir. Daha önce aynı parselin diğer maliklerinin açtıkları ve kabulle sonuçlanan dava aynı Daire tarafından onanmış olabilir. Her dava kendi özelliklerine göre neticelendirilmelidir. Mühim olan doğruyu bulmaktır. Yanlışta emsal olmaz. O davalarda davanın kabul edilmiş, onanmış ve kesinleşmiş bulunması yanlıştır. Somut olayda verilen son bozma kararı yukarıdan beri anlatmaya çalıştığımız gerekçelere göre doğrudur. Hazine, **Belediyenin yaptığı bir işlem nedeniyle davacıların parselini, kendi parseli ile birleştirilerek, onları kendi parselinde hissedar bulmuştur. Fiilen el atması yoktur. El atması olmadığından devamlılıktan da söz edilemez. Paydaşlarını tasarruftan men etmemiştir. Taşınmazın etrafını çevirmemiştir. Orayı kamu hizmetine tahsis etmemiştir. Tesis yapmamıştır. Açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne katılamıyoruz. 4.2.2005**

Yukarıdaki olayda, imar uygulaması sonucunda, davacının parselinin, okul olarak kullanılan parselle hisselendirilmesi söz konusudur. Bu Karara göre, eğer, parsel fiilen umumi hizmet (örneğin park) veya tesis (örneğin sağlık ocağı) alanı olarak kullanılsa bile, umumi hizmet veya tesis alanı olarak düzenlenmiş ve kullanılan bir başka parselle hisselendirilirse, yukarıdaki Yargıtay Kararı emsal alınabilmektedir.

Fakat bu ayrıkı durum dışında, karşı oyda belirtildiği gibi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, istikrarlı kararlarında fiili el atmanın varlığını aramaktadır.

-“Taraflar arasındaki "Kamulaştırmasız el atma iddiasına dayalı tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 19. Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 10.05.2005 gün ve 2003/784 E., 2005/180 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 24.04.2006 gün ve 2006/2657-5055 sayılı ilamı ile; (... Dava, imar uygulaması nedeniyle bedele dönüştürülen 215 metrekairelik arsa bedelinin kamulaştırmasız elatma nedeniyle tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir. **Dosyada bulunan kanıt ve belgelerden; davacının hissedar olduğu 4962 parsel sayılı taşınmazda yapılan imar uygulaması neticesinde; 126 metrekaire imar düzenleme ortaklık payı kesildiği, 163 metrekaire imarın 15885 ada 4 parselinden hisse verildiği ve yine davacıya, dava konusu edilen ve imar planında oyun alanı olarak ayrılan 15886 ada 1 parsel sayılı taşınmazdan 215 metrekaire hisse verildiği, davacının 15886 ada 1 parselde halen hissedar olduğu gibi, bu parselde bedele dönüştürülen bir hissesinin bulunmadığı anlaşılmıştır. Ayrıca dava konusu taşınmaz, fiilen el atılmamış boş arsa konumundadır. Bu durumda, dava konusu edilen 15886 ada 1 parsel sayılı taşınmazda davacının bedele dönüştürülen bir payı bulunmadığı gibi, taşınmaza fiilen el atılmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması, doğru görülmemiştir...), Gerekeçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:**

KARAR : Dava, kamulaştırmasız el atma iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. Davacı vekili; davalı Yenimahalle Belediye Başkanlığı tarafından yapılan imar uygulaması sonucu müvekkilinin 504/76733 pay maliki olduğu 4962 parsel sayılı taşınmazdan, 126 m2 imar düzenleme ortaklık payı kesildiğini, 15885 ada, 4 numaralı imar parselinden 163/794 payın ve 15886 ada, 1 numaralı imar parselinden 215/6835 payın müvekkilinin payına karşılık verildiğini, ancak 15886 ada, 1 parsel sayılı taşınmazın imar planında oyun alanı olarak ayrılması nedeniyle müvekkilinin taşınmazdan fiilen kullanımının engellendiğini; davalı Belediyenin, karşılık olarak verilecek yerlerin üzerine gerçek kişilerce yapı yapılabilmesine müsait yerlerden olmasını ve kabul edecek kişinin rızasının aranmasını öngören 3194 sayılı İmar Kanununun 18/12 maddesine aykırı hareket ederek, salt bedel ödemekten kaçınmak için takyitli bir payı karşılık olarak verdiğini ileri sürerek; dava ve ıslah dilekçelerinde 15886 ada, 1 parselde 215 m2 için toplam 43.000.000.000 TL kamulaştırması el koyma bedelinin, ihtar tarihinden itibaren işleyecek kamu alacaklarına uygulanan en yüksek faiz ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı Yenimahalle Belediye Başkanlığı vekili; 15886 ada, 1 parselin 71560/1 nolu kesin parsellasyon planında Oyun alanı olarak ayrıldığını imar uygulaması nedeniyle davacının payına karşılık olmak üzere 15886 ada 1 parselden

davacıya verilmiş bulunan 215/6835 payın tapuda davacı adına tescil edildiğini, bu itibarla kamu malı haline dönüşen bir pay bulunmadığından davacıya ait 215 m2 yer bedelinin hukuken talep edilemeyeceğini, Belediye tarafından taşınmaza fiilen el atılmadığı gibi her hangi bir bedele dönüştürme işleminin de yapılmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir. Mahkemenin, **"dava konusu 15886 ada, 1 numaralı parselin imar planında oyun alanı olarak ayrılmış olması nedeniyle davacının payına karşılık taşınmazda tasarruf etme hakkının ortadan kalktığı, tapuda kayden malik olarak görünen davacı, böyle bir durumda yıllarca davalı idarenin keyfi uygulamasına tabi olacağından hukuken el atmanın da kamulaştırmasız el atma olarak kabulünü gerektirdiği" gerekçesiyle ve kamulaştırmasız el atmanın varlığını benimsemek suretiyle verdiği "davanın kabulüne" dair karar**, Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Davalı idarece 2981 sayılı Yasa ve bu Yasayı tadil eden 3290 sayılı Yasanın 10/b maddesine göre yapılan işlem sonucu, davacı Fadime Çetinkaya'nın 504/76733 pay maliki bulunduğu 4962 parseldeki payına karşılık, 15885 ada, 4 numaralı imar parselinden 163/794 payın ve 15886 ada 1 numaralı imar parselinden 215/6835 payın davacıya verildiği, 126/76733 payın ise imar düzenleme ortaklık payı olarak kesildiği; imar uygulaması nedeniyle davacı adına 215/6835 pay tahsis ve tescil edilen dava konusu 15886 ada, 1 parsel sayılı taşınmazın, 71560/1 nolu kesin parselasyon planında "Oyun Alanı" olarak ayrıldığı hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yine, dava konusu 15886 ada, 1 parsel sayılı taşınmazın boş arsa konumunda olduğu ve davalı idarece fiilen oyun alanı olarak düzenleme yapılmadığı mahkemece keşfen tespit edilmiş olup, esasen bu husus da çekişme dışıdır. Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık; imar uygulaması sonucu davacının payının şuyulandırıldığı 15886 ada, 1 parsel sayılı taşınmaza davalı idarece fiilen el atılmamış olması karşısında, salt imar planında oyun alanı olarak ayrılmış olması nedeniyle kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığının kabul edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. 16.5.1956 gün, 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği üzere, usulü dairesinde verilmiş bir kamulaştırma kararı olmadan ve bedeli ödenmeden taşınmazına el konulan kimse, ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, değer karşılığının verilmesini de isteyebilir. Kamulaştırmasız el atma halinde kamu kurumu, Kamulaştırma Kanununa uygun hareket etmeden, ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan dava, mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır (11.2.1959 gün, E:1958/17, K:1959/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gerekçesinden). Uyuşmazlığın sağlıklı bir çözüme kavuşturulabilmesi için bu noktada öncelikle "Kamulaştırmasız el koyma" kavramının açıklanmasında yarar vardır. **Kamulaştırma yetkisine sahip bir idare, Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin taşınmaz malına el koyar ve onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut o taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmazı üzerinde dilediği gibi**

kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, idare taşınmaz mala kamulaştırmaz el koymuş sayılır (Ali Arcak, Kamulaştırmaz El Koyma ve Yeni Hükümler, Ankara, 1987, s:23). Dolayısıyla bir taşınmaza kamulaştırmaz el atıldığından söz edilebilmesi için, **öncelikle idarenin o taşınmaza eylemli olarak el koyup, malikin kullanımını yasaya aykırı şekilde tamamen ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı olması şarttır.** Eş söyleyişle idare; el koyma eylemini, o taşınmazı sahiplenme amaç ve kastı ile yapmış olmalıdır. Fiilen el koyma eylemi bulunan durumlarda dahi; el koyma açıklanan nitelikte değil ve sadece geçici bir kullanım söz konusu ise, kamulaştırmaz el koyma olgusu mevcut değildir. Bundan dolayı malikin bir zararı oluşsa bile, taşınmaz bedelinin istenilmesine hukuken olanak yoktur. Böyle bir durum, sadece ve ancak, uğranılan zararın tazminini başka hukuksal yol ve kavramlara dayalı olarak isteme olanağı verebilir. Önemle vurgulanmalıdır ki; kamulaştırmaz el koyma hükümlerinin uygulanması, mal sahibinin kullanımına engel olma ve taşınmaz malın elinden alınması anlamını taşıdığına göre; taşınmaz, mal sahibinin elinde bulunduğu ve kullanma hakkına sahip olduğu sürece, mal sahibi idareden değer karşılığının verilmesini isteyemez. Bu noktada; tapu kaydına kamulaştırma şerhi konulmasının veya 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu uyarınca taşınmazın ikinci derece askeri güvenlik bölgesine alınarak tapuya şerh verilmesinin yada imar uygulaması sonucu taşınmazın yol, yeşil alan gibi kamu hizmetlerine ayrılması ve fiili imar uygulaması yapılmadan taşınmazın imar planında yol, yeşil alan olarak gösterilmesi nedeniyle üzerinde yapı yapılmasının yasaklanmasının, kamulaştırmaz el koyma niteliğinde bulunmadığı her türlü duraksamadan uzaktır. Burada, kanun hükümleri ile taşınmazın belli şekillerde kullanılması kısıtlanmakta ise de; böyle bir sonuca ulaşılmasını gerekli kılan neden, taşınmazın halen mal sahibinin tapulu mülkü olması ve fiilen kullanma hakkına sahip bulunmasıdır. Bu haliyle, 11.2.1959 gün E:1958/17 K:1959/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında ifade edilen, mülkiyete yapılmış bir tecavüz yada haksız fiilden söz edilmesi de olanaklı değildir. Kısaca; idare, mal sahibinin tasarrufuna sürekli engel olmadığı ve taşınmaz mala sahiplenme kastıyla fiilen el koymadığı sürece idare aleyhine bu dava açılmaz. Bu nedenledir ki, ister uygulama görmüş imar parseli, isterse olduğu gibi bırakılan kadastro parseli olsun, idarece fiilen el atılmadan bir taşınmazın salt imar planında yeşil saha, oyun alanı, park yeri olarak gösterilmesi veya ortasından bir yol geçirilmiş bulunması mal sahibine dava hakkı vermez. Nitekim; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.4.2003 gün, E.-2003/5-281 K:2003/284; sayılı kararında da aynı görüş benimsenmiştir. Tüm açıklamalar ışığında somut durum değerlendirildiğinde; Mahkemece alınan fen bilirkişi raporunda, dava konusu 15886 ada, 1 parsel sayılı taşınmaza davalı idarece fiilen el atılmadığı, zeminde oyun alanı olarak düzenleme yapılmadığı ve hali hazırda boş arsa olarak durduğu ifade edilmiştir. Davacının kayden paydaş olduğu 4962 sayılı kadastral parselde davalı idarece yapılan imar uygulaması neticesinde, dava

konusu edilen ve imar planında oyun alanı olarak ayrılan 15886 ada 1 parsel sayılı taşınmazdan davacıya 215/6835 pay verilmiş olup; sözü edilen pay halen tapuda davacı adına kayıtlı olduğu gibi, davalı idarenin anılan payı, yada davacı adına başka bir payı bedele dönüştürme işlemi de bulunmamaktadır. O halde idarenin bu tasarrufu, taşınmazı sahiplenme amacının bulunmadığını açıkça ortaya koymaktadır. **Öte yandan, taşınmazın davacının elinde bulunduğu ve mevcut haliyle arsa niteliği ile kiraya verme ve başka şekillerde tasarruf edebileceği anlaşıldığından, davacının kullanımının kalıcı ve sürekli şekilde idarece engellenmediği açıktır.** Esasen, davacıya ait tapulu yerin, salt imar planında oyun alanı olarak ayrılmış olması, mülkiyet hakkının sona erdiğinin kabulüne yetmez. Bu husus, mal sahibine taşınmaz bedelini talep hakkı vermeyeceğinden, direnme kararında sözü edilen hukuki el atmanın varlığından bahisle kamulaştırmaz el koyma hükümlerinin uygulanması olanaklı değildir. Kamulaştırmaz el koyma hükümleri ancak, idarece mal sahibinin malının elinden alınması durumunda uygulanacaktır. Yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca; davalı idarenin, dava konusu 15886 ada, 1 parsel sayılı taşınmaza fiilen el atmadığı, taşınmazı elinde bulunduran tapu maliki davacıyı tasarruftan men etmediği, imar planında oyun alanında ayrılması olsa dahi bu amaca yönelik olarak taşınmazda fiilen düzenleme yapıp, kamu hizmetine tahsis etmediği ve üzerinde herhangi bir tesis yapmadığı belirgin olup, bu haliyle kamulaştırmaz el atma olgusundan söz etme olanağı bulunmadığından, taşınmazın sadece imar planında oyun alanı olarak ayrılmış olmasının, mülkiyet hakkı sahibi davacıya bir dava hakkı vermeyeceği sonucuna varılmıştır. Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak, kamulaştırmaz el koyma hükümlerinin uygulanması olanağı bulunmayan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi düşünceyle direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. **SONUÇ :** Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile; direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 31.10.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.”³¹

Yargıtay, yeni tarihli başka bir kararında, 1964 yılında park alanına alınan yerin, aradan 41 yıl geçmesine rağmen kamulaştırılmaması nedeniyle 2005 yılında kamulaştırmaz el atma nedeniyle açılan tazminat davasını, yukarıdaki gerekçelerle reddetmiştir.

–“...tapuda davacının murisinin kayden paydaş bulunduğu dava konusu 1853 ada 107 numaralı parselin İmar İskan Bakanlığı'nın 15.10.1964 tarih 7214 sayılı yazıları ile onaylanan 54200 numaralı plan gereği tamamının 50. Yıl Park Alanı içerisinde kaldığı, 13408 ada 1 numaralı parselin ise imar daire

³¹ YHGK 31.10.2007, 5-718/805, *Legal Hukuk Dergisi*, 2008/1, s. 115 vd. ; Aynı doğrultuda, YHGK 7.11.2007, 5-805/826 ; YHGK 9.4.2003, 5-281/284 ; YHGK, 20.7.2008, 5-170/201.

heyetinin 07.11.1978 tarih 868 sayılı kararı ile 1853 ada 107 parsel ve yeşil alandan tevhid edilerek oluşturulduğu ve tamamının 50. Yıl Park alanı içerisinde kaldığı; her iki taşınmazın da, 01.12.2005 gün ve 1218/5181 sayılı Ankara Büyükşehir Belediye Encümen kararı ile 50. Yıl Kentsel Dönüşüm Proje alanı içine alındığı; park alanında kalan taşınmazların kamulaştırılmasına ilişkin olarak Ankara Büyükşehir Belediye Encümenince 08.05.2003 tarihinde karar verilmiş ise de, kamulaştırma işlemlerinin tamamlanmadığı; Sağlık Merkezi Binası ve gecekonduların bulunduğu dava konusu taşınmazlarda, imar planında belirtilen park ile ilgili herhangi bir düzenlemenin yapılmadığının mahkemece keşfen tespit edildiği anlaşılmıştır. Yerel mahkeme ile özel daire arasındaki uyuşmazlık; imar planında park alanı olarak ayrılmış bulunan ve bu nedenle davalı idarece 08.05.2003 tarihinde kamulaştırılmasına karar verilen, ancak kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış bulunan dava konusu taşınmazlara, davalı idarece fiilen el atılmadığının belirlenmiş olması karşısında, kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığının kabul edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. 16.05.1956 gün, 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda belirtildiği üzere, usulü dairesinde verilmiş bir kamulaştırma kararı olmadan ve bedeli ödenmeden taşınmazına el konulan kimse, ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, değer karşılığının verilmesini de isteyebilir. Kamulaştırmaz el atma halinde kamu kurumu, Kamulaştırma Kanunu'na uygun hareket etmeden, ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan dava, mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır (11.02.1959 gün, E: 1958/17, K: 1959/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gerekçesinden). Uyuşmazlığın sağlıklı bir çözüme kavuşturulabilmesi için bu noktada öncelikle "Kamulaştırmaz el koyma" kavramının açıklanmasında yarar vardır. Kamulaştırma yetkisine sahip bir idare, Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin taşınmaz malına el koyar ve onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut o taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmazı üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, idare taşınmaz mala kamulaştırmaz el koymuş sayılır (Ali Arca, Kamulaştırmaz El Koyma ve Yeni Hükümler, Ankara, 1987, s: 23).

Dolayısıyla bir taşınmaza kamulaştırmaz el atıldığından söz edilebilmesi için, öncelikle idarenin o taşınmaza eylemli olarak el koyup, malikin kullanımını yasaya aykırı şekilde tamamen ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı olması şarttır. Eş söyleyişle idare; el koyma eylemini, o taşınmazı sahiplenme amaç ve kastı ile yapmış olmalıdır. Fiilen el koyma eylemi bulunan durumlarda dahi; el koyma açıklanan nitelikte değil ve **sadece geçici bir kullanım söz konusu ise, kamulaştırmaz el koyma olgusu mevcut değildir.** Bundan dolayı malikin bir zararı oluşsa bile, taşınmaz bedelinin istenilmesine hukuken olanak yoktur. Böyle bir durum, sadece ve ancak, uğranılan zararın tazminini başka hukuksal yol ve kavramlara dayalı olarak isteme olanağı verebilir. Önemle vurgulanmalıdır ki; kamulaştırmaz el koyma hükümlerinin uygulanması, mal sahibinin kullanımına engel olma ve taşınmaz malın elinden alınması anlamını

taşıdığına göre; taşınmaz, mal sahibinin elinde bulunduğu ve kullanma hakkına sahip olduğu sürece, mal sahibi idareden değer karşılığının verilmesini isteyemez. Bu noktada; tapu kaydına kamulaştırma şerhi konulmasının veya 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu uyarınca taşınmazın ikinci derece askeri güvenlik bölgesine alınarak tapuya şerh verilmesinin ya da imar uygulaması sonucu taşınmazın yol, yeşil alan gibi kamu hizmetlerine ayrılması ve fiili imar uygulaması yapılmadan taşınmazın imar planında yol, yeşil alan olarak gösterilmesi nedeniyle üzerinde yapı yapılmasının yasaklanmasının, kamulaştırmasız el koyma niteliğinde bulunmadığı her türlü duraksamadan uzaktır. **Burada, kanun hükümleri ile taşınmazın belli şekillerde kullanılması kısıtlanmakta ise de; böyle bir sonuca ulaşılmasını gerekli kılan neden, taşınmazın halen mal sahibinin tapulu mülkü olması ve fiilen kullanma hakkına sahip bulunmasıdır.** Bu haliyle, 11.02.1959 gün E: 1958/17 K: 1959/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda ifade edilen, mülkiyete yapılmış bir tecavüz ya da haksız fiilden söz edilmesi de olanaklı değildir. Kısaca; idare, mal sahibinin tasarrufuna sürekli engel olmadığı ve taşınmaz mala sahiplenme kastıyla fiilen el koymadığı sürece idare aleyhine bir dava açılmaz. Bu nedenledir ki, ister uygulama görmüş imar parseli, isterse olduğu gibi bırakılan kadastro parseli olsun, idarece sahiplenmek maksadıyla ve devamlı olarak fiilen el atılmadan bir taşınmazın imar planında yeşil saha, oyun alanı, park yeri olarak gösterilmesi veya ortasından bir yol geçirileceğinin gösterilmiş bulunması mal sahibine dava hakkı vermez. **Nitekim; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.04.2003 gün, E: 2003/5-281 K: 2003/284; 31.10.2007 gün, E: 2007/5-718 K:2007/805 ve 07.11.2007 gün, E: 2007/5-805 K: 2007/826 sayılı kararlarında da aynı görüş benimsenmiş; özellikle 31.10.2007 gün ve E: 2007/5-718 K: 2007/805 sayılı kararında, imar uygulaması sonucu oluşan imar parselinin dahi, fiili el atmanın bulunmaması nedeniyle, salt imar planında oyun alanı olarak gösterilmesinin kamulaştırmasız el koyma niteliğinde bulunmadığı kabul edilmiştir.** Tüm açıklamalar ışığında somut durum değerlendirildiğinde; Mahkemece alınan fen bilirkişi raporunda, dava konusu 13408 ada 1 parsel üzerinde 5 nolu Ana Sağlık Merkezi binası ve bazıları kısmen giren 5 kadar gecekondunun bulunduğu, 1853 ada 107 parsel üzerinde ise bazıları kısmen giren 9 kadar gecekondunun bulunduğu tespit edilmiş olup; bu haliyle planlarda belirtilen park ile ilgili herhangi bir düzenlemenin yapılmadığı anlaşılmaktadır. Tapuda halen davacının murisi adına kayıtlı bulunan ve imar planında park alanında gösterilen 13408 ada 1 parsel ve 1853 ada 107 parsel sayılı taşınmazlarda **davacının muvakkat yapı yapabileceği ve başka şekillerde tasarruf edebileceği anlaşıldığından, davacının kullanımının davalı idarece sahiplenme kastıyla ve sürekli şekilde fiilen engellenmediği açıktır.** Esasen, davacının murisi adına tapulu yerin, salt imar planında park alanı olarak ayrılmış olması, bu amaca yönelik olarak işlemleri tamamlayan bir kamulaştırma kararı alınması ve kamulaştırma gayesinin gerçekleşmesi için proje çizilmesi, mülkiyet hakkının sona erdiğinin kabulüne yetmez. Bu husus, mal sahibine taşınmaz bedelini talep hakkı vermeyeceğinden; davacı tarafça öne sürülen ve

yerel mahkemece de benimsenen, hukuki el atmanın varlığından bahisle kamulaştırmaz el koyma hükümlerinin uygulanması olanaklı değildir. Kamulaştırmaz el koyma hükümleri ancak, idarece mal sahibinin malının elinden alınması durumunda uygulanacaktır. Şu da eklenmelidir ki, kamulaştırmaz el koymanın varlığı için, imar planında yol, yeşil alan gibi kamu hizmetine ayrılan imar parseline dahi idarece fiilen el atılması ve mal sahibinin tasarrufunun fiilen engellenmesi koşulu aranmakta olup, taşınmazın salt imar durumu kamulaştırmaz el koyma olgusunun kabulü için yeterli bulunmadığına göre; kadastro parseli niteliğinde olan dava konusu taşınmazlar yönünden, böyle bir durumda fiili el koymanın varlığının ve davacının tasarrufunun idarece fiilen engellenip engellenmediğine ilişkin unsurların evleviyetle bulunması gerekli ve zorunludur. Yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca; davalı idarenin, 13408 ada 1 parsel ve 1853 ada 107 parsel sayılı taşınmazlara fiilen el atmadığı, taşınmazı elinde bulunduran **tapu maliki davacıyı tasarruftan men etmediği, imar planında park alanında gösterilmiş olsa dahi bu amaca yönelik olarak taşınmazda fiilen düzenleme yapıp kamu hizmetine tahsis etmediği, bu nedenle kamulaştırmaz el atma olgusundan söz etme olanağı bulunmadığı, böylelikle bu durumun mülkiyet hakkı sahibi davacıya bir dava hakkı veremeyeceği sonucuna varılmıştır.** Hal böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel daire bozma kararına uyularak, kamulaştırmaz el koyma hükümlerinin uygulanması olanağı bulunmayan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi düşünceyle direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.”³²

Hatta, geçici el koymalar nedeniyle dahi kamulaştırmaz el atma davası açılmayacağı görüşü bulunmaktadır.

–“Davalı idare dava konusu taşınmazın bulunduğu bölgeyi Askeri Güvenlik Bölgesi olarak ilan etmiştir. İdare burada 2565 sayılı Kanunun kendisine tanıdığı yetkileri çerçevesinde taşınmazlara bir takım müdahalelerde bulunmuştur. Ancak; bu **müdahalelerin kalıcı olmadığı keşif, tanık anlatımları, resmi yazışmalar ve tüm dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.** Davalı idarenin geçici kullanımı nedeniyle davacılar tarafın bir zararı oluşmuş olsa bile bu husus taşınmaz bedelini talep hakkı vermez.”³³

Yargıtay kişinin taşınmazının tel örgüyle çevrilmesi ve taşınmazı kullanımının izne bağlanmasını dahi el atma niteliğinde görmemiştir.

–“Jandarma asayiş komutanlığının 7 Ekim 1999 tarihli yazısında; dava konusu taşınmazın askeri güvenlik bölgesi içerisinde kaldığı belirtilmiştir. Dava konusu taşınmaz askeri yasak bölgeler hakkındaki Kanunun 9. maddesinde belirtilen 2. sınıf yasak bölge kapsamındadır. **Taşınmazın etrafı tel örgü ile çevrilmiştir. Yasada ve sözü edilen cevabi yazıda da**

³² YHGK 5.12.2007, 5-933/951, Yargı Dünyası Dergisi, 2008/3, s. 85 vd.

³³ YHGK, 21.11.2001, 5-672/1039.

belirtildiği gibi arazi olarak kullanımının engellenmesi sözkonusu değildir. Komutanlıktan izin alınmak suretiyle taşınmaz malikin arazi olarak kullanılmasına engel bir durum mevcut değildir. Diğer taraftan dava konusu taşınmaz mücavir alan sınırları içinde olup, henüz imar parselasyonu da yapılmamıştır. Belirtilen bu niteliğine göre taşınmazın sadece zirai faaliyette kullanılması mümkün olup buna da engel olunmadığına göre kamulaştırmaz el atmadan söz edilemez, bedeli de istenemez. Açıklanan nedenle davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi, doğru görülmüştür.”³⁴

Yargıtay’ın yukarıdaki kararlarına katılmak mümkün değildir. Malikin taşınmazının tamamında hukuki anlamdaki tasarrufunun çok uzun ve belirsiz bir şekilde engellenmesi, mülkiyet hakkının ölçüsüzce kısıtlanmasına neden olmaktadır.

Yargıtay idarenin taşınmaza el koyup, daha sonra da bundan vazgeçerek, taşınmazı eski haline getirmesi durumunda, taşınmazın imar planındaki konumuna göre değerlendirme yapmaktadır. Fiili el koyma sonradan ortadan kalksa bile, planda, taşınmaz hukuken bu amaçla ayrılmış ise, kamulaştırmaz el atma davasının kabulüne karar verilmektedir.³⁵ Aksi halde, bir başka anlatımla taşınmaz imar planında el koyma amacına özgülenmemişse, el atma davası reddedilmektedir.

–“ Dava konusu taşınmaz, imar planında yol ve park alanında olup, planda değişiklik yapılarak yol ve yeşil alandan çıkarılmadığından, **yalnız fiili elatmaya son verilmesi davanın konusuz kalması kabul edilemeyeceği** gözetilerek, esastan karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmüştür.”³⁶

–“Davaya konu teşkil eden taşınmaz 1/1000 lik planda yol olarak ayrılmıştır. Davanın açılmasından sonra davalı idarenin imar planına uygun olarak yaptığı yolu terk etmesi davanın reddini gerektirmez”³⁷

D-AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE BAŞVURULMASI

Taşınmazı uzun bir süre kamulaştırılmayan malikin en son başvuracağı yer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir. Burada, doğan zararların kanıtlanarak tazminat talep edilmesi söz konusu olacaktır.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde, MERAL/TÜRKİYE davasında, bu gibi durumlarda, iç hukukta zararın tazmin edilebileceği yönünde savunmada bulunmuştur.

³⁴ Y. 5. HD. 7.2.2000, 391/1260.

³⁵ Aksi görüşte, BÖKE, Veli, Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Ankara, 2005, s. 65.

³⁶ Y. 5. HD. 6.11.2007, 10022/12655, Terazı Hukuk Dergisi, 2009/10, s. 219-220.

³⁷ Y.5. HD. 20.4.1999, 5154/6326, YILDIRIM, Bekir / BAŞSORGUN, Naci, Kamulaştırma Davaları, 2007, Ankara, s. 1410; Aynı doğrultuda, Y. 5. HD. 30.9.2003, 7941/10842, YILDIRIM / BAŞSORGUN, s. 1449; Y. 5. HD. 10.4.2000, 5594/5692, YILDIRIM / BAŞSORGUN, s. 1271-1272.

‐Başvuran, askeri güvenlik bölgesi sınıflandırması içinde yer alan taşınmazına inşaat yapım izni almasının olanaksız oluşunun mülkiyet hakkına yönelik bir ihlali oluşturduğunu iddia etmekte ve Ek 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin ihlal edildiğini öne sürmektedir. Hükümet, ilgilinin idari mahkemeler önünde tam yargı davası açmaması doğrultusunda iç hukuk yollarının tüketilmediğini savunmaktadır. **Hükümet bu tazminat talebinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 13. maddesi çerçevesinde İdareye karşı yapılacak etkili bir başvuru olduğunun altını çizmektedir.** Başvuran Hükümetin bu savına karşı çıkmaktadır. AİHM, AİHS’nin 35/3. maddesinde öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının bir devlet aleyhine uluslararası hakemlik veya yargı organı nezdinde dava açmak isteyen kişilere öncelikle söz konusu devletin hukuk sisteminde öngörülen başvuru yollarını tüketme zorunluluğu getirdiğini hatırlatmaktadır. Kendi iç hukuk sisteminde durumu telafi etme imkanı tanınmadan bir devlet uluslararasıyargı önünde hesap vermek zorunda bırakılamaz. Bir başvuranın bu kurala uyduğunun kabul edilebilmesi için, iç hukukta normal olarak varolan ve şikayetçi olduğu ihlalin telafisini sağlayabilecek yeterlilikte iç hukuk yollarına başvurmuş olması gerekir. (Bkz. Aksoy-Türkiye kararı, 18 Aralık 1996). AİHM, mevcut bu başvuruda başvuranın inşaat izin talebini reddeden Genelkurmayın kararına itiraz etmekle yetindiği tespitinde bulunmaktadır. Başvuranın başvurusu kamu yararına bir kamulaştırmanın askeri güvenlik bölgesinde yer aldığı gerekçesiyle reddedilmiştir. **Bununla birlikte, Hükümetin de vurguladığı gibi başvuran öne sürdüğü zararların telafi edilmesi için maddi tazminat davası açabilirdi (Bkz. aynı anlamda, Gülizar Öz-Türkiye kararı, no: 40687/98 ve Sporrong ve Lönnroth-İsveç kararı ile karşılaştırınız 23 Eylül 1982).** Ayrıca, AİHM başvuranın, Hükümet tarafından sözü edilen başvuru yoluna ihtiyatla yaklaşılmasını gerektirecek hiçbir argüman sunmadığını da gözlemlemektedir. Bu durumda, Hükümetin ön itirazının dayanağı bulunmaktadır. AİHS’nin 35. maddesinin 1. ve 4. paragraflarına dayalı olarak şikayetin bu bölümümün reddedilmesi gerekmektedir.”³⁸

Yine, Gülizar Öz/TÜRKİYE davasında, davacının taşınmazı 1955 yılından 1997 yılına kadar 42 yıl boyunca inşaat yasağı kapsamında yeşil alanda kalmıştır. Mahkeme bu durumun mülkiyet hakkını ihlal niteliğinde olduğunu kabul etmiş, ancak İdare aleyhine tam yargı davası açılıp iç hukuk yolları tüketilmediği için başvurunun reddine karar vermiştir.

‐Tarafların sunduğu üzere dava koşulları aşağıdaki gibi özetlenmiştir. Başvuran esas ikametgahının bulunduğu arsanın sahibidir. İdare (Konak Belediye Meclisi, İzmir) 1955 yılında inşaat yasağı getirerek arsanın kullanım hakkını kısıtlayan ve üzerinde yeşil alanın oluşturulmasını öngören şehir planını gerçekleştirmiştir. 1985’den beri yürürlükte olan 6785 sayılı kanuna göre arsa sahibi, eğer isterse öngörüldüğü amaç için hala kullanılmamış ise arsasının serbest kullanımını talep edebilmektedir. **Kullanım hakkına**

³⁸ Meral / TÜRKİYE, Başvuru no: 2002/33446 ; KARAR TARİHİ: 27.12.2007, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, Sayı: 75, s. 457 vd.

getirilen kısıtlama bu talebin yapıldığı tarihten itibaren beş yıl süresince sınırlandırılmıştır. Başvuran talebini 1980 yılında yapmış ve arsasını kullanma serbestisinin 1985 yılından, yani taşınmazların kullanım hakkına getirilen kısıtlamanın süresini sınırlandırmayan 9 Mayıs 1985 tarihli ve 3194 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bulunduğunu öne sürmüştür. Söz konusu arsanın istimlak edilmesi 1986 yılından 1989 yılına kadar ve 1990 yılından 1995 yılına kadar olan şehir planlamaları tarafından yeniden öngörülmüştür. Başvuran, dört yıldan beri söz konusu arsanın kullanım hakkına getirilen kısıtlamadan şikayetçi olarak idareden (Konak belediye meclisi, İzmir) dava unsuru yeşil alan konusunda şehir planının değiştirilmesini ve kısıtlamanın kaldırılmasını talep etmiştir. Başvuran idarenin reddi üzerine İzmir idari Mahkemesine reddin iptali için Başvuruda (yetki aşımı başvurusu) bulunmuştur. İdari Mahkeme 14 Aralık 1995 tarihinde bilirkişi raporlarına dayanarak yeşil alansız yerleşim alanının düşünülemeyeceği ve başvuranın arsasının yeşil alana dahil edilmesi hususundaki idari muamelenin hiçbir yasa dışı yanının bulunmadığı gerekçesiyle başvuranın açtığı davayı reddetmiştir. Başvuranın temyize gitmesiyle Danıştay 18 Kasım 1996 tarihinde temyize gidilen kararı onamıştır. Başvuran, 18 Kasım 1996 tarihli kararın düzeltilmesi için başvuruda bulunmuştur. 29 Eylül 1997 tarihinde başvuru reddedilmiştir. **Ayrıca başvuran, 3 Ağustos 1995 tarihinde İzmir İdari Mahkemesinde idarenin başvurana ait arsanın yeşil alana dahil edilmesi kararının iptalini amaçlayan yeni bir dava açmıştır. İzmir İdari Mahkemesi 14 Aralık 1995 tarihli karara atıfta bulunarak başvurana ait arsanın şehir planında yeşil alan olarak yer aldığını kabul eden hukuki kararın bulunduğu ve başvurana hiçbir inşaat ruhsatının verilemeyeceği gerekçesiyle idari kararı onamıştır.** Başvuran temyize gitmiştir. Danıştay 16 Haziran 25 Mart 1997 tarihli kararı onamıştır. Başvuran Danıştay'da kararın düzeltilmesi için talepte bulunmuştur. **ŞİKAYETLER:** Başvuran 1 nolu Protokolün 1. maddesini ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "AİHS" 18. maddesini öne sürerek uzun süre boyunca mülkiyetinin kullanımına getirilen kısıtlamalar nedeniyle mallarına saygı hakkının ihlal edilmesinden şikayetçi olmuştur. **HUKUK AÇISINDAN** Başvuran, 1 nolu Protokolün 1. maddesini ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "AİHS" 18. maddesini öne sürerek mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamaların süresinden şikayetçi olmuştur. AİHM, yapılan iddiaların niteliğini göz önünde bulundurarak 1 nolu Protokolün 1. maddesi alanında değerlendirmenin uygun olacağına kanaat getirmiştir. Hükümet sırasıyla mağdur niteliğinin bulunmaması ve iç hukuk yollarının tüketilmemesine yönelik iki itirazda bulunmuştur. a) Mağdur niteliği Hükümete göre şehir planının öngördüğü inşaat yasağı şehir düzenlemesine bağlıdır ve başvuranın mallarına saygı hakkını ihlal etmemektedir. Söz konusu plan mülkiyetin nakline neden olmamış ve başvuran yaşadığı ikametgahının bulunduğu dava unsuru arsaya sahiptir ve yıllardır bu arsayı kullanmaya devam etmiştir. Başvuran için şehir planında aleyhine hiçbir unsur bulunmadığından başvuranın AİHS'nin 34. maddesi gereğince mağdur niteliği bulunmamaktadır. **Başvuran bu iddialara itiraz ederek inşaat yasağının arsasının aşırı kısıtlamaların olmadığı serbest**

kullanımın gerektirdiğini ve tazminata neden olmadığını iddia etmiştir. Başvuranın mülkiyet hakkı bu şekilde, söz konusu önlemlerin geçerli olduğu süre zarfında önemini yitirmiştir. AİHM, kırk yıldan fazla süren dava unsuru yasağın başvuranın mallarını serbestçe kullanmasını kısıtladığını ve böylece mallarına saygı hakkına müdahale edildiğini gözlemlemiştir (Sporrong ve Lönnroth-İsveç, 23 Eylül 1982 tarihli karar, seri A no:52, §60). AİHM böylece Hükümetin itirazını reddetmiştir. b) İç başvuru yollarının tüketilmemesi Hükümet, başvuranın idari mahkemeler önünde zararının tazmini için hiçbir girişimde bulunmadığından iç başvuru yollarının tüketilmediğini savunmuştur. Hükümet Uslu-Türkiye davasına atıfta bulunarak (no:29860/96, Komisyonun 20 Mayıs 1998) **idari muhakeme usulüne ilişkin 2577 sayılı kanunun 13. maddesi çerçevesinde idareye karşı açılan zararın tazmini davasının mevcut başvuru olduğunu vurgulamıştır.** Başvuran bu iddiaları reddetmiştir. AİHM, AİHS'nin 35§1 maddesinde yer alan iç başvuru yollarının tüketilmesi kuralının uluslararası hukuk veya hakem organı önünde devlete karşı dava açmayı isteyen kişilerin, daha önce söz konusu devletin hukuk sisteminde yer alan başvuru yollarını kullanma zorunluluğunun bulunduğunu hatırlatmıştır. Başvuran yerel hukuk düzeninde durumunun ele alınmasından önce uluslararası kurum önünde fiillerinden sorumlu değildir. Başvuranın kurallara göre hareket ettiği kanaatine varılması için, başvuranın iddia ettiği ihlallerinden doğan zararın karşılanmasını sağlamak için mevcut ve yeterli başvurulardan yararlanmış olması gerekir (Aksoy-Türkiye, 18 Aralık 1996 tarihli karar, 1996-VI, s.2275-2276, §§51-52). AİHM, bu davada başvuran sadece potansiyel yeşil alanın oluşturulmasını öngören belediye meclisi kararına ve mülkiyetinin bu alana dahil edilmesi kararına karşı dava açmakla yetinmiş olduğunu saptamıştır. Bu başvurular, buna benzer yeşil alanın oluşturulmasına dayanan kamu yararı nedeniyle reddedilmiştir. **Ancak başvuran, iddia ettiği ihlallerden doğan zararının tazmin edilmesini sağlamak amacıyla dava koşullarında tek uygun yol olan tazminat davasını açmayı unutmuştur (Aytekin-Türkiye, 23 Eylül 1998 tarihli karar, 1998-VII). AİHM'ye göre bu davada başvuranın iç hukuk yollarını tüketme zorunluluğunun olmaması için özel şartlar bulunmamaktadır. Dolayısıyla Hükümetin yaptığı itiraz haklıdır.** Bu nedenle başvuru AİHS'nin 35§11 ve 4 maddesine göre reddedilmelidir. Bu nedenlerden dolayı Mahkeme; Başvurunun kabuledilemez olduğuna, Oybirligiyle karar vermiştir.”³⁹

Görüldüğü gibi, Uluslararası Mahkeme, idari yargıda tam yargı (tazminat) davası açılmaksızın yapılan başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermektedir. Bu konuda Türkiye aleyhine açılmış ve en ileri safhadaki Rabia Tan ve diğerleri⁴⁰ davasında da aynı durum söz konusudur.

³⁹ 40687/98, Gülüzar ÖZ/ TÜRKİYE davası Karar Tarihi:1.7.2004

⁴⁰ Rabia TAN ve Diğerleri /TÜRKİYE davası, 8095/02, 31.01.2008.

-“Başvuranlar Rabia (1940 doğumlu olup 22 Nisan 2004 tarihinde vefat etmiştir), Çiğdem (1960 doğumlu), Ahmet (1947 doğumlu olup 24 Eylül 2007 tarihinde vefat etmiştir), Mehmet (1948 doğumlu), Ömer (1962 doğumlu) ve Erdem (1965 doğumlu) Çanakkale’de ikamet etmektedirler. Başvuranlar, Çanakkale’ye bağlı Biga İlçesi’nde bulunan bir arsanın malikleridirler. 1978 yılında bir imar planı hazırlayan Biga Belediyesi sözkonusu arsayı ‘yeşil alan’ olarak sınıflandırmıştır. Bu nedenle sözkonusu arsaya ilişkin olarak inşaat yasağı getirilmiştir. 1985 yılında 3914 sayılı İmar Kanunu’nun 13. maddesinde (6785 sayılı kanun 3194 sayılı kanunla değiştirilmiştir) yapılan bir değişiklikle üzerinde inşaat yasağı bulunan gayrimenkul maliklerine sözkonusu değişikliğin yürürlüğe girmesini takip eden beş yıl içerisinde bu sınırlamalara itiraz edebilme imkânı tanınmıştır. Belediye 7 Haziran 1990 tarihinde imar planında değişiklik yaparak sözkonusu arsanın bazı bölümlerinden geçen bir otoyol inşa edilmesine karar vermiştir. Başvuranlar 26 Kasım 1990 yılında Belediye’ye inşaat izni talebinde bulunmuşlardır. Taleplerinin Belediye tarafından zımnen reddedilmesinin ardından başvuranlar 11 Mart 1991 tarihinde Bursa İdare Mahkemesi önünde iptal davası açmışlardır. 3194 sayılı kanunun 13. maddesine istinaden başvuranlar, arsalarına ilişkin olarak getirilen sınırlamaya ve belediye tarafından kendilerine inşaat izni verilmemesine itiraz etmişlerdir. İdare Mahkemesi, sözkonusu imar planı değişikliğinin arsanın sadece bir bölümünü ilgilendirdiği ve yeşil alan vasfının halen devam ettiği gerekçesiyle başvuranların taleplerini 13 Temmuz 1993 tarihinde geri çevirmiştir. Danıştay 6 Ekim 1994 tarihinde ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Danıştay, ilk derece mahkemesinin kısmi bir imar planı değişikliği sözkonusu olduğu ve davacı tarafın inşaat izni talebinin reddine ilişkin talebin iptali isteminde bulunduğu hususlarını dikkate almadığını değerlendirmiştir. İdare Mahkemesi 11 Temmuz 1995 tarihinde Danıştay kararına uymamaya karar vererek 13 Temmuz 1993 tarihinde benimsediği kararda ısrar etmiştir. Başvuranlar 8 Eylül 1995 tarihinde Danıştay İdari Davalar Genel Kurulu’na temyiz başvurusunda bulunmuşlardır. Danıştay İdari Davalar Genel Kurulu 27 Mart 1998 tarihinde başvuranların temyiz talebini kabul ederek 11 Temmuz 1995 tarihli kararı bozmuştur. Belediye tarafından yapılan karar düzeltme talebi 4 Kasım 1999 tarihinde Danıştay İdari Davalar Genel Kurulu tarafından reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi 29 Haziran 2000 tarihinde 3194 sayılı kanunun 13. maddesini Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. **Sporrong ve Lönnroth – İsveç kararına (23 Eylül 1982) atıfta bulunan Anayasa Mahkemesi böylesi bir sınırlamanın mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirdiğini ve bu durumun kamu yararı gerekleriyle haklı çıkarılamayacağını değerlendirmiştir. Mahkemenin talebi üzerine 6 Haziran 2001 tarihinde bir bilirkişi raporu hazırlanmıştır. Bu raporda sözkonusu arsanın yeşil alan vasfının ortadan kaldırılamayacağı neticesine varılmıştır.** 6 Haziran 2001 tarihli raporda varılan sonuçlara istinaden mahkeme 18 Temmuz 2001 tarihinde başvuranların taleplerini reddetmiştir. Danıştay 18 Mart 2004 tarihli ilamıyla 18 Temmuz 2001 tarihli kararı onamıştır. Başvuranlar tarafından yapılan karar düzeltme talebi 15 Eylül 2005 tarihinde Danıştay tarafından

reddedilmiştir. **Başvuranlar Çiğdem, Ömer ve Erdem diğer dört ortak malikle birlikte ihtilaf konusu sınırlamalardan kaynaklanan zararlarının tazmini için idare mahkemesi önünde tam yargı davası açmışlardır. Konuyla ilgili olarak adigeçen Sporrang ve Lönnroth – İsveç kararına atıfta bulunan ilgililer yeşil olarak sınıflandırılan arsalarına ilişkin olarak getirilen inşaat yasağının uzun süredir devam etmesinin mülkiyet haklarına yönelik haksız bir ihlal olduğunu savunmuşlardır. Tam yargı davası ilk derece mahkemesi önünde halen devam etmektedir.** Başvuranlar, arsalarının yeşil alan olarak sınıflandırılması sebebiyle uzun süredir devam eden inşaat yasağının 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinde öngörülen mülkiyet haklarına yönelik bir ihlal teşkil ettiğini iddia etmektedirler. Hükümet idare mahkemeleri önünde tam yargı davası açılmadığı cihetle iç hukuk yollarının tamamının tüketilmediğini savunmaktadır. Gülizar– Türkiye (no: 40687/98, 1 Temmuz 2004) kararına atıfta bulunan Hükümet, **2577 sayılı idari yargılama usulü kanununun 13. maddesi çerçevesinde idare aleyhinde bu tür bir tazminat davası açılmasının etkili bir başvuru yolu olduğuna dikkat çekmektedir.** Başvuranlar bu sava itiraz etmektedirler. Başvuranlara göre, iptal başvurusu yapmalarına rağmen inşaat yasağı halen geçerlidir. Bu çerçevede başvuranlar Ahmet ve Mehmet, 29 yıldır devam eden durumlarına ilişkin bir çözüm sağlamayan iç hukuk yollarının yetersizliği nedeniyle tam yargı davası açmayı dahi denememişlerdir. AİHM, AİHS'nin 35/1 maddesi uyarınca kendisine ancak iç hukuk yollarının tamamı tüketildikten sonra başvuruda bulunulabileceğini anımsatır. Bu itibarla Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazının mevcut davada haklı olup olmadığı meselesi öncelikli olarak gündeme gelmektedir. Konuyla ilgili olarak AİHM her başvuranın ulusal mahkemelere AİHS'nin sözleşmeciler devletlere kendi aleyhlerinde iddia edilen ihlalleri telafi etme ya da bu ihlallerden kaçınma – ki bu sözkonusu AİHS hükmünün sözleşmeciler devletleri teşvik etme amacında olduğu husustur- fırsatını vermesi gerektiğine dikkat çekmektedir (bkz. sözgelimi, Cardot – Fransa, 19 Mart 1991, prg. 36). AİHS'nin 13. maddesinin konusu olan bu kural ulusal yargının ihlal iddiası karşısında etkili bir başvuru imkânı sağladığı (bkz., Selmouni – Fransa, no: 25803/94, prg. 74) varsayımı üzerine kuruludur. Bu nedenle AİHM'ye yapılan bir şikâyet en azından özü itibarıyla iç hukukta emredilen süre ve biçimlere uygun olarak ilgili ulusal mahkemeler önünde gündeme getirilmiş olmalıdır. Bununla birlikte AİHS'nin 35. maddesinden doğan yükümlülük olası etkili, yeterli ve erişilebilir başvuru yollarının gereği gibi kullanılmasıyla sınırlıdır (Sofri ve diğerleri – İtalya, no: 37235/97). Esasen AİHS yalnızca iddia edilen ihlalle ilgili olan müsait ve uygun başvuru yollarının tüketilmesini emreder. Yalnızca teoride değil uygulamada da yeterli derecede bir kesinlik olmalıdır. Aksi halde bu başvuru yolları istenen etkililikten ve erişilebilirlikten yoksun hale gelirler (Akdivar ve diğerleri – Türkiye, 16 Eylül 1996 tarihli karar, prg. 66). Mevcut davada AİHM, ilk olarak idare mahkemelerinde iptal davası açan başvuranların inşaat izni vermeyi reddeden Biga Belediyesi'nin kararına itiraz etmekle yetindiklerini tespit etmektedir. Sözkonusu başvuru yeşil alan yaratma işlemine esas teşkil eden kamu yararı gerekçesiyle reddedilmiştir.

AİHM, iptal talebinin reddedilmesinin ardından başvuranlar Çiğdem, Ömer ve Erdem'in AİHM'ye mevcut başvuruyu sunduktan sonra bir tazminat elde etmek maksadıyla idare mahkemeleri önünde bir tam yargı davası açtıklarını gözlemlemektedir. Bu itibarla, başvuranların bazıları yeni bir iç hukuk yoluna başvurmuştur ve açılan dava halen ulusal mahkemeler önünde devam etmektedir. AİHM idare mahkemelerinin nasıl bir karar verecekleri hususunda tahminde bulunamaz. Öte yandan Türk Hukuku bu türden zararların tazminini tümünden reddetmemektedir (karşılaştırınız Sporrang ve Lönnroth, adigeçen, prg. 71). Ayrıca AİHS organları, başarısızlığa mahkûm olduğu tebarüz etmemiş bir başvurunun başarı şansına ilişkin olarak şüphe duyulmasının bu iç hukuk yolunun kullanılmaması için tek başına haklı bir gerekçe teşkil etmeyeceğine devamlı surette dikkat çekmişlerdir (Akdivar ve diğerleri, prg. 71 ; aynı şekilde bkz. Brusco – İtalya, no: 69789/01 ; Whiteside – Birleşik Krallık, no: 20357/7 Mart 1994 tarihli Komisyon kararı). Dolayısıyla AİHM başvurunun bu bölümünün başvuranlar Çiğdem Ömer ve Erdem yönünden erken olduğu ve iç hukuk yollarının tüketilmediği cihetle AİHS'nin 35. maddesinin 1. ve 4 fıkraları uyarınca reddedilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır. Başvuranlar Rabia, Ahmet ve Mehmet'e ilişkin olarak ise AİHM adigeçene başvuranların diğer başvuranlar tarafından açılan tam yargı davasına iştirak etmediklerini tespit etmektedir. Bu itibarla adigeçenlerin şikayetleri de iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddedilmelidir”.

Yukarıdaki kararlardan tazminat ödenmesi şartlarının oluştuğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten, başka ülkelerle ilgili olarak verilen kararlardan da anlaşıldığı üzere, İnsan Hakları Mahkemesi, uzun süreli kamulaştırma kısıtlamaları nedeniyle tazminat ödenmesinin gerektiği görüşündedir⁴¹. Bu durum adil denge veya ölçülülük ilkesine dayandırılmıştır⁴². Ölçülülük ilkesinde⁴³, mülkiyetten yoksun bırakılma sonucunu doğuran müdahale için başvuru ile güdülen meşru amaç arasında makul ve dengeli bir ilişkinin olması aranmaktadır⁴⁴. KRİTİS (başvuru no: 35332/05) davasında, taşınmazın sonradan sit alanına sokulmasından dolayı imar izni verilmemiş, imar yasağı kapsamındaki arazinin kamulaştırılması talebi de reddedilmiştir. Mahkeme, mülkiyetten yararlanma hakkının ölçüsüz şekilde kısıtlanması nedeniyle tazminat yükümlülüğünün bulunduğu hükmetmiştir.⁴⁵

⁴¹ GEMALMAZ, s. 549 ve özellikle 550

⁴² GEMALMAZ, Burak, s. 519 vd.

⁴³ Ölçülülük ilkesi de üç alt ilkedен oluşmaktadır. Bunlar, elverişlilik, gereklilik ve oranlılıktır. Bir hak ve hürriyeti sınırlamak için kullanılan aracın, yani kanunun, sınırlama amacını gerçekleştirme bakımından uygun olması elverişlilik ilkesini; kanun koyucunun öngörülen amacı gerçekleştirebilmek için temel haklara getireceği sınırlamanın zorunlu olması gereklilik ilkesini; amaç ile aracın birbirine karşı ölçüsüz olmaması gereği de oranlılık ilkesini ifade eder, TUĞRUL, Saim, Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması, İstanbul, 2004, s. 107-108.

⁴⁴ GEMALMAZ, s. 521, 618.

⁴⁵ GEMALMAZ, s. 542

İmar hukuku alanında verilen bir çok kararda⁴⁶ olayın özelliğine göre değerlendirmelerde bulunulduğu, tarafların durumu, iyiniyet, kusur, göz yumma, razı gelme, beklentinin haklılığı gibi bir çok unsurun dikkate alındığı görülmektedir.⁴⁷

İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye’de idari yargının iyi işlemediğini kabul etmektedir. Gerçekten, Mesutoğlu v. Türkiye (no. 36533/04) 14.10.2008 davasında;

“Başvurucular Hanım, Dilek,Yusuf ve Emrah Türk vatandaşı olup , sırasıyla 1955, 1986, 1984 ve 1988 yıllarında doğmuşlar ve Elazığ’da yaşamaktadırlar. Başvurucular yakın iki akrabalarının bir trafik kazasında hayatını kaybetmesi nedeniyle Elazığ Belediyesine karşı zararlarının tazmini için dava (ç.n: tam yargı) açmışlardır. Başvurucular AİHM başvurularında idari davalarının, usulü bir kusur nedeniyle ilk dilekçelerinin reddedilmesi sonrasında dilekçelerini yasada belirtilen süre içersinde ve yasada belirtilen şekil koşullarına uygun olarak yenilemelerine rağmen reddedildiği yakınmasında bulunmuşlardır. Başvurucular Madde 6/1 (duruşma hakkı) ve Madde 13’ü (etkin iç hukuk yolu hakkı) dayanak göstermişlerdir. **Mahkeme, Türk idare mahkemelerinin davacıları mahkemeye ulaşma hakkından yoksun bırakacak şekilde, dilekçenin biçimlendirilmesine çok fazla önem verdiği düşüncesindedir. Dolayısıyla Mahkeme oybirliğiyle, Madde 6/1 ihlali olduğuna ve Madde 13 altında ayrı bir meselenin ortaya çıkmadığına karar vermiştir. Mahkeme manevi zararlar için 3.000.-EURO'nun başvurulara ödenmesine karar vermiştir.”**

Türkiye’de tazminat davaları bakımından adli-idari yargı ayrımı kaldırılmalıdır. Çünkü her iki yargı yolunda da tazminatın belirlenmesi Borçlar Kanunu’na göre yapılmaktadır. Ancak İdari yargıda, devleti koruma düşüncesi ile hareket edilmekte ve tazminat hakkını kısıtlayıcı yorumlar yapılmaktadır. Örneğin idari yargıda fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak kısmi dava açılamamaktadır. Tanık dinletilememektedir. İYUK m 13 de 1 yıl ve beş yıllık sınırlayıcı süreler bulunmaktadır. Çok şekilci davranılmakta, davalar ehliyet veya süre yönünden kolaylıkla reddedilmektedir. En önemlisi, tazminatın belirlenmesinde gerçek durum yerine sadece resmi belgeler dikkate alınmaktadır.⁴⁸ Bu durumun da farkında olan İnsan Hakları

⁴⁶ Özellikle, *Sporrong ve Lönnroth/İsveç Kararı* bu hususta önemli bir emsal niteliğindedir. Bu Kararın içerik ve yorumu hakkındaki detaylar için bkz. DİNÇ, Güney, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 124, 2007, Ankara, s. 37-45

⁴⁷ DİNÇ, s. 126-142 arasında imar hukuku alanında imar planları ile ilgili verilmiş bir çok Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı vardır. Ayrıca bkz. SARI, H. Gürbüz, *Mal Varlığı Haklarının Korunması*, 2006, İstanbul, s. 93-95

⁴⁸ Örneğin bir davada (Bursa 1. İdare Mahkemesi 2003/2212 Esas), mermer atölyesinin servis yolunda kaldığı ve kamulaştırılacağı gerekçesi ile elektriği kesilmişti. Oysa yolun açılması ile ilgili alınmış hiçbir karar yoktu. Elektiriği kesme işleminin hukuka aykırılığı saptanıp, iptali sağlandıktan sonra işyerinde çalışmanın yapılmadığı süre ile sınırlı 100.000-TL tutarlı (fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmadığı için tazminat tutarı en yüksek seviyede tutulmak zorunda kaldı) maddi tazminat, 10.000-TL manevi tazminat davasında, sadece önceki dönemdeki vergi ile defter kayıtları baz alınarak muhasebeciye yaptırılan bilirkişi incelemesine göre 10.000-TL maddi tazminata ve manevi tazminatın reddine karar verildi. Danıştay da bu kararı onadı

Mahkemesinin Kanun ismi ve maddesi de vererek idari yargı yolunu işaret etmesi düşündürücüdür. Halbuki idarenin taşınmazın (kamulaştırma) bedelini ödemek ile yükümlü tutulması daha doğru olurdu. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin görüşüne göre, taşınmazın kısıtlılık durumunun oluşturduğu zararın belirlenip hüküm altına alınmasından sonra, zaten idareler kamulaştırma yolunu tercih edeceklerdir. Hüküm altına alınacak zarar, büyük ihtimalle, ileride yapılacak kamulaştırmadaki bedel tespitinde dikkate alınacağından, bir başka anlatımla, kamulaştırma bedelinden mahsup edileceğinden, taşınmaz malikinin mağduriyeti giderilmiş olmayacak, açtığı davalar ve verdiği uğraşlar nedeniyle yıpranması söz konusu olacaktır.

Ayrıca Uluslararası Mahkeme, tazminatın nasıl belirleneceği yönünde net bir görüş belirtmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sporrang ve Lönnroth-İsveç, Kararında⁴⁹, bir belediyenin kamulaştırma izni aldıktan sonra, tasarlamış olduğu kamulaştırma hakkında kesin kararı hazırlamak için ihtiyaç duyduğu planı tamamlamak ve yerine getirmek için dört yıllık bir süreye gerek bulunmasının makul olduğunu, bu sürelerin, kamulaştırma ile ilgili süreçten düşülerek, tazminatın kalan süre ile sınırlı belirlenmesi gerektiğini kabul etmiştir.

-“ Kamulaştırma izni Riddaren No. 8 taşınmazı için yirmi üç yıl, Barnhuset No. 6 için sekiz yıl yürürlükte kalmıştır (*aynı karar, parag. 18 ve 25*). Başvurucular bu "zarar dönemleri"nden, iznin kabulünün mümkün olduğu süreyi (sırasıyla on yedi ay ve on beş ay), "hipotetik yeniden gelişimi" tasarım aşaması (bir yıl) ile yıkım ve yeniden yapım süresini (bir yıl) çıkarmışlardır. Öte yandan başvurucular, izinlerin sona ermesinden sonra hazırlık planları, yıkım ve yeniden yapım için gerekli süreleri (iki yıl) eklemişlerdir. Buna göre başvurucular, Riddaren No. 8 taşınmazı için yaklaşık yirmi bir yıllık (1960-1980) ve Barnhuset No. 6 taşınmazı için yedi yıllık (1975-1981) bir sürenin olduğu sonucuna varmışlardır. Hükümet ise toplam süreden, Belediyenin işlem yapabilmesi için gerekli süreyi (iki yıl) ve ayrıca, kamulaştırma yapıldığı varsayılacak olursa, mahkemeye dava açılması ile Belediyenin mülkiyeti teslim alması arasında geçecek süreyi (üç yıl) düşmüştür. Hükümet, başka şeylerle birlikte, Stockholm Belediyesi'nin daha 16 Ekim 1978'de kamulaştırma izinlerinin iptali için başvurduğunu (*bk. aynı karar, parag. 28*) hatırlatarak, Riddaren No. 8 taşınmazı için yaklaşık on sekiz yıllık (1961 -- 1978) ve Barnhuset No. 6 taşınmazı için üç yıllık (1976 -- 1978) bir sürenin bulunduğu sonucuna varmıştır. **Mahkeme, bir belediyenin**

(Danıştay 8. Dairesi 27.3.2007, 2006/359, 1712) ve karar düzeltme talebi de reddedildi. Oysa, Yargıtay'a göre defter kayıtları tek başına delil sayılmaz. Sadece defter ve vergi kayıtlarıyla sonuca ulaşılsa, kamulaştırma davalarında emlak beyanı dikkate alınarak değer biçilir, tazminat davalarında asgari ücret üzerinden gösterilen müdür maaşı dikkate alınır, şirketlerin değeri ve sermayeleri kayıtlı değer üzerinden belirlenir, boşanma, nafaka, her türlü tazminat davalarında resmi kayıtlar dikkate alınır gerçek durum görmezden gelinirdi. Halbu ki, yargı kararları ne kadar gerçeğe uygun olursa, o kadar da adaletili olur. Yapılması gereken makine mühendisi, mermerciler odasından bir kişiden de oluşan heyetle, tazminatın gerçek tutarın belirlenmesiydi. Dava sonunda alınan tazminat, ancak Nilüfer Belediyesi avukatının vekalet ücretini karşılayabildi. Görüldüğü gibi idari yargıda adaletili sonuca ulaşılması zordur.

⁴⁹ <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=94>

kamulaştırma izni aldıktan sonra, tasarlamış olduğu kamulaştırma hakkında kesin kararı hazırlamak için ihtiyaç duyduğu planı tamamlamak ve yerine getirmek için dört yıllık bir süreye gerek bulunmasının makul olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, mevcut davada Stockholm Belediyesinin kararlar verebilmesi için dört yıllık süreler yeterlidir. O halde zarar dönemleri Riddaren No. 8 taşınmazı için on dokuz yıl (1960 -- 1978) ve Banhuset No. 6 taşınmazı için dört yıl (1975 -- 1978) olarak alınmalıdır. Kurucu unsurlar : **Bu dönemler içinde elde edilen net gelirle ilgili olarak davanın tarafları arasında, kira gelirlerinin miktarı ve işletme ve koruma masrafları konusunda bir uyumsuzluk yoktur.** Ayrıca, Mahkeme'nin önündeki belgeler, kamulaştırma izinleri çıktığı zaman, Riddaren No. 8 taşınmazı ile Barnhuset No. 6 taşınmazının kira gelirlerinde önemli bir düşüş olduğuna işaret etmemektedir; öte yandan bu belgeler, söz konusu zarar dönemlerinde ve hatta daha sonra, makul bir artış oranı bulunduğunu, kamulaştırma izinlerinin geri alınmasının her hangi bir ani artışa yol açmadığını açıkça göstermektedir. Nihayet, bayan Lönnroth bazen kiracı bulmakta zorluklar yaşamış ise de, bu durumun taşınmazdan elde edilen geliri etkilediği görülmemektedir. Özetlenecek olursa, Mahkeme'nin önündeki bilgiler, kamulaştırma izinlerinin aşırı uzunluğu nedeniyle, taşınmazların getirilerinde azalma olduğunu kanıtlamamaktadır. Piyasa değeri konusunda Hükümet avukatı ve Komisyon temsilcisi, taşınmazların gerçek değerlerinin düşmediğini ve hatta Riddaren No. 8'in değerinin, meselenin çıktığı dönem ile kamulaştırma izinlerinin geri alındığı dönem arasında hafif bir artış kaydettiğini kabul etmişlerdir. Mahkeme, başvuru tarafından da pek itiraz edilemeyen bu görüşe katılmıştır. Zarar dönemlerinin başlangıcı ile bitiş tarihleri arasında bir karşılaştırma yapılacak olursa, başvuruçuların mali açıdan zarar etmedikleri görülür; buna rağmen Mahkeme, bu dönem içinde hiçbir kaybın bulunmadığı sonucuna varmamaktadır. Aslında dikkati çeken başka bazı faktörler de vardır. İlk olarak, taşınmazların kullanımı üzerinde kısıtlamalar vardır; yani başvuruçular kendi yerleri üzerinde "yeni inşaat" yapamazlardı ve ruhsatlı bile olsa böyle bir iş yapmış olsalardı, kendilerini büyük bir risk altına sokmuş olurlardı; çünkü taşınmazlarının kamulaştırılması halinde, kapital değerinde meydana gelen artışın ödenmesini talep etmeme taahhüdünde bulunmakla yükümlü tutulmuşlardı (bk. esas hk. 23.09.1982 tarihli karar, parag. 58). Buna bir de ipotek karşılığı kredi elde edilmesinde karşılaşılan güçlükler eklenmelidir; başvuruçular bayan Lönnroth, bu yolla Barnhuset No. 6 binasının dış yüzeyini yenilemek için bir kredi elde edememiştir (bk. aynı karar, parag. 24). Buna ek olarak, zarar dönemlerinde söz konusu taşınmazların değerlerinin düştüğü unutulmamalıdır. Mevcut davada, başvuruçuların taşınmazlarının söz konusu dönemden sonraki gerçek değerleri, tartışma konusu işlemlerin yapıldığı zamanki değerinden daha az değil ise de, kamulaştırma iznine tabi olan ve bu suretle her an sahibinin elinden alınabilecek olan bir taşınmazın eski değerini sürekli olarak koruyamayacağı açıktır. Dahası, başvuruçuların tasarlamış olabilecekleri her hangi bir yeniden gelişme planını o dönemde

gerçekleştirme imkanı da yoktur. Bu nedenle, planı gerçekleştirme ihtimali kuşkuyla olsa da, başvuruçuların dikkate değer bazı fırsatları kaybetmekten ötürü zarara uğramış olabilecekleri de söylenebilir. Her şeyden öte, başvuruçular uzun bir süre belirsizlik içinde kalmışlardır; başvuruçular taşınmazlarının kaderinin ne olacağını bilememişler ve karşılaştıkları güçlüklerin Hükümet tarafından dikkate alınmasını sağlama yolu bulamamışlardır. Bu faktörler, başvuruçuların davalarının meselenin her yönü üzerinde karar verme yetkisine sahip bir yargı yeri tarafından dinlenmediği için, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ihlalinin (bk. aynı karar, parag. 87) meydana getirdiği manevi zarara eklenmelidir. O halde başvuruçular Sporrang Miras Şirketi ve bayan Lönnroth, kamulaştırma izinlerinin kaldırılmasıyla giderilemeyen bir zarara uğramışlardır. Bu olayda uğranılan zararın miktarının takdiri özel bazı güçlükler göstermekte ve hayli problematik bulunmaktadır. Bu güçlükler, gayri menkul meselelerinin teknik özellikleri, başvuruçular ile Hükümet adına hareket eden uzmanlar tarafından yapılan hesaplamaların karmaşıklığı ve zarar gören taraflarca ileri sürülen taleplerde değişiklik müdahaleleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu güçlükler her şeyden öte, fırsat kayıplarının miktarını yaklaşık olarak bile belirleme imkanı görünmemesinden doğmaktadır. Bu bağlamda davanın taraflarının önerdiği yöntemlerden hiç biri, Mahkeme'ye tatmin edici bir cevap verecek bir yöntem olarak görünmemektedir. İlk olarak, başvuruçular tarafından getirilen ve "hipotetik yeniden gelişme" denilen yöntem, başvuruçuların varolan binalarının yıkılması ve yerlerine yenilerinin yapılması suretiyle, taşınmazlarının tamamen yenilenmesini varsaymaktadır. Bu, davadaki olaylarla desteklenmeyen aşırı ve harici bir hipotezdir. Mahkeme tam tersine, daha 18 Nisan 1974'te başvuruçuların taşınmazları üzerine yıkım yasaklarının konulduğunu ve başvuruçuların da bu tedbirler aleyhine Strasbourg organları önünde şikayette bulunmadıklarını kaydeder. O halde bu yöntem, bu davada makul bir şekilde kullanılamaz. Hükümet tarafından önerilen ve "gerçek kullanma" denilen ikinci yöntemin kendisi de, hesaplama için kabulü mümkün bir temel sağlamaktadır. **Bu yöntemin, taşınmazların kamulaştırma izinleri nedeniyle azalmayan doğrudan getirisini (bk. yukarıda parag. 23) ölçmek için kullanılabileceği doğrudur; fakat bu yöntem sadece kısmen piyasa değeri için uygulanabilir.** Bu davada uygulandığı şekliyle bu yöntem katı ve eksiktir. Bu yöntem ilk olarak, taşınmazların söz konusu izinlerden önceki değeri ile izinlerin kaldırılmasından sonraki değerini karşılaştırılması ve ikinci olarak da, taşınmazların değerindeki değişiklik ile enflasyon oranındaki değişikliğin karşılaştırılmasıyla yetinmektedir. Bu yöntem, her iki olay arasındaki dönemi dikkate almamaktadır. O halde bu yöntem, mal sahiplerinin özellikle taşınmazlarının değerindeki düşme nedeniyle karşılaştıkları güçlükleri ve söz konusu tedbirler bulunmasaydı taşınmazlarını iyileştirme ihtimallerini göz önünde tutmamaktadır. Bu noktada başvuruçular tarafından geliştirilen hipotez, Mahkeme'yi ikna edecek nitelikte değilse bile, her halükarda akılda tutulması gereken bir faktör oluşturmaktadır. **Mahkeme önerilen bu yöntemleri yetersiz görmüş,**

ancak kendisi başka bir yöntem oluşturmayı da düşünmemiştir. Çünkü olayın şartları Mahkeme'yi, konuyla ilgili gördüğü zarar süresi ve zararın kurucu unsurları gibi faktörlerle (bk. yukarıda parag. 22 ve 25) yetinmeye ve bunları bir bütün olarak değerlendirmeye götürmüştür. Sonuç olarak, Birinci Protokolün 1. maddesinin ve Sözleşme'nin 6(1). Fıkrasının ihlal edilmeleri, başvuruçuların zarar görmelerine neden olmuştur. Görülen zarar, birbirinden ayrılamayan ve hiç biri kesin bir hesaplama imkanı vermeyen unsurlardan oluşmuştur. Mahkeme bu unsurları Sözleşme'nin 50. maddesinin gerektirdiği gibi, hakkaniyet temeline dayanarak birlikte ele almıştır. Mahkeme bu amaçla, ilk olarak Riddaren No. 8 taşınmazı ile Barnhuset No. 6 taşınmazı arasındaki değer farklılıklarını ve ikinci olarak da, iki zarar dönemi arasındaki farklılığı dikkate almıştır. Mahkeme böylece, Sporrang Miras Şirketi için 800,000 İsveç Kronu ile bayan Lönnroth için 200,000 İsveç Kronu takdir edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır."

Karardaki açıklamalar dikkate alındığında, İdareye karşı açılacak tazminat davasında, dört yıl geçtikten sonra taşınmazdan elde edilecek kiranın veya değer farkının dava konusu yapılabileceği sonucu çıkmaktadır. Türk hukukunda bu süre 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesi ile 5 yıl olarak belirlenmiştir. O halde, imar planında kamu hizmeti veya tesisine ayrılan yerin kamulaştırılması için planın kesinleşmesinden itibaren 5 yıllık bir sürenin makul olduğu kabul edilebilir.

5 yıllık sürenin dolmasından sonra, fiili elatmanın olmaması nedeniyle kamulaştırmaz elatma davası açılmayacağına dair Yargıtay kararları ve idarenin kamulaştırmaya zorlanamayacağına dair Danıştay kararları dikkate alınarak, Uluslararası Mahkemenin kararlarına göre idari yargıda doğrudan tam yargı davası açılacaktır.

Süre Sorunu: İmar planında kamu hizmetlerine ayrılmış yerlerin uzun süre kamulaştırılmaması idari eylem mi yoksa idari işlem niteliğinde midir?

İdarenin idari işlemlerden doğan sorumluluğuna ilişkin tam yargı davaları İYUK m 12; idari eylemlerden doğan sorumluluğuna ilişkin tam yargı davaları İYUK m 13 kapsamında kalmaktadır.⁵⁰

İmar Kanunu m 10 da, belediyelerin, imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlayacakları; bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanların, ilgili kamu kuruluşlarına bildirileceği; beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşlarının, bu program süresi içinde kamulaştıracakları; bu amaçla gerekli ödeneğin, kamu kuruluşlarının yıllık bütçelerine konulacağı açıkça belirtilmiştir. Kanunun idareyi görevlendirdiği hususta, idarenin mali veya teknik imkansızlıklar

⁵⁰ CANDAN, Turgut, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara, 2005, s. 160.

nedeniyle hizmeti yerine getirmekten kaçınması, kanunu tanımamakla (kanunsuzlukla) eşdeğerdir.⁵¹

Buna göre İmar Kanunu ile getirilen zorunluluğa uymayan idarenin hizmet kusuru bulunduğu kabul edilmelidir. İdarenin hareketsizliği nedeniyle oluşan bu hizmet kusuru, idari işleme dayanmadığından, doğrudan tam yargı davası açılabilir.⁵²

İhlal ve ihlalin neden olduğu zarar, 5 yıllık makul sürenin dolmasından sonra devamlılık kazanacaktır.

İYUK m 13 de, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların tam yargı davası açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemelerinin gerekli olduğu; bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabileceği belirtilmiştir. Bu hüküm dikkate alınarak aşağıda açılacak dava türlerine göre sürenin belirlenmesi üzerinde durulacaktır.

13. maddeye göre dava açılmadan önce idareye hakların verilmesi için başvuru yapılması gerekmektedir. Bu başvurunun amacı, eylemi ile zarar veren idareye, zararın telafisi konusunda imkan tanınmasıdır. Başvuru yapılmaksızın açılan davada, 15.3.1979 Tarih ve 1971/9, 5 sayılı DİBK kararı gereği, idari merci tecavüzü nedeniyle dosyanın yetkili idari mercie tevdiine karar verilmektedir.⁵³

Başvuru için ön görülen 1 ve 5 yıllık süreler dava açma süresi niteliğinde değildir. Dava açma süresine başlangıç oluşturacak işlemin yapılma süreleridir.⁵⁴ Ancak bu işlemin süresinde yapılmaması nedeniyle dava reddedilmektedir. O nedenle dava açma süresini etkileyen başvuru sürelerine uyulmaması durumunda da süreden ret kararı verilmektedir.⁵⁵

1-Taşınmazdaki Değer Düşüşünün Dikkate Alınacağı Görüşü

Bu durumda, taşınmazın kamu hizmetine tahsisli halindeki değeri ile çevresindeki dokuya ait imar durumu dikkate alınarak imarlı olsaydı değeri arasındaki fark tazminat olarak istenebilecektir.

⁵¹ ÖZGÜLDÜR, Serdar, *Tam Yargı Davaları*, Ankara, 1996, s. 78; Aksi görüşte, ARMAĞAN, Tuncay, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara, 1997, s. 39-40.

⁵² KAPLAN, Gürsel, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, Ankara, 2007, s. 321. Ayrıca bkz. deprem nedeniyle oluşan ileri sürülen zararların tazmini istemiyle açılan davanın, uğranıldığı belirtilen zararın idarenin üzerine düşen görev ve yükümlülüğü gereği gibi yerine getirmemesinden, dolayısıyla eylem ya da eylemsizliğinden kaynaklandığı gerekçesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dair Dan. 6. D. 12.4.2004, 1477/2115 sayılı Kararı.

⁵³ CANDAN, s. 465.

⁵⁴ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – DİNÇER, Güven, *İdari Yargılama Usulü*, Ankara, 2001 s. 398.

⁵⁵ KAPLAN, s. 358.

1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu m 30 da, kanunlar veya diğ̇er kamu düzeni koyan mevzuatla tasarrufu kısıtlanan bina, arsa ve arazinin vergisinin, kısıtlamanın devam ettiğ̇i sürece 1/10 oranında tahsil olunacağına dair hüküm dikkate alınarak, kamu hizmetine ayrılmış taşınmazın imarlı yere oranla değ̇erinin 1/10 oranında düşük olacağı karine olarak kabul edilebilir.

Örneğ̇in park alanına kalan 1000 m2 taşınmazın değ̇eri serbest piyasada 100.000-TL, civarındaki konut alanlarının değ̇eri ise 1.000.000-TL ise, arsa sahibi aradaki fark olan 900.000-TL tazminat olarak talep edebilecektir.

Bu bedel aynı zamanda, taşınmaz kamulaştırılışaydı alınacak bedel⁵⁶ ile taşınmazın mevcut durumuna göre belirlenecek bedel arasındaki farka karşılık gelmektedir.

İleride taşınmazın kamulaştırılması halinde, tazminatın ödendiğ̇i tarihteki toplam değ̇er düşüklüğ̇ü oranında idare kamulaştırma bedelini eksik ödeyecektir. Örneğ̇in yukarıdaki olayda taşınmazın değ̇erinin 9/10' önceden alınmış olduğundan, 3 yıl sonra yapılan kamulaştırmada, kamulaştırma bedelinin 1/10'u arsa sahibine ödenecektir. Kamulaştırma tarihi itibarıyla park halindeki değ̇er üzerinden arsa sahibine ödeme yapılarak da benzer sonuca ulaşılabilir.

Bu tür bir davada mülkiyet hakkının ihlali ve dolayısıyla da zarar devamlılık gösterdiğ̇inden, idareden zararın giderilmesinin istendiğ̇i tarih itibarıyla zarar belirlenecek ve hüküm altına alınacaktır. Dolayısıyla istenen tazminata faiz de bu tarihten itibaren işleyecektir.⁵⁷ İhlalin ve neden olduğ̇u zararın sürekliliğ̇i ile bölünmezliğ̇i dikkate alınarak dava açma süresi konusunda bir kısıtlama olmaması gerektiğ̇ini düşünüyörüz.⁵⁸

2-Taşınmazdan Elde Edilecek Gelirin Dikkate Alınması Gerektiğ̇i Görüşü

Bu durumda ise, taşınmazın etrafındaki imar durumuna uygun olarak değ̇erlendirilerek elde edilecek gelirin tazmini istenmektedir. Bir fırsattan yoksun kalınması sonucu mal varlığındaki eksilmenin telafi edilmesi gerektiğ̇i kabul edilmektedir.⁵⁹ Haksız eylem veya işlemin, fırsatın yitirilmesine büyük ölçüde neden olup olmadığına göre zararın telafi edilmesine karar verilmektedir.⁶⁰

⁵⁶ -“...Kamulaştırma bedelinin arttırılması davalarında taşınmazın ilerde uygulanacak imar planı içerisindeki konumu dikkate alınmaksızın mevcut durumu itibarıyla değ̇erlendirme yapılır. **Örneğ̇in imar planına göre yeşil alan içerisinde yer alan bir taşınmazın kamulaştırılması sırasında bu taşınmaz üzerinde plana göre hiç bina yapılamayacağı gerekçesi ile az değ̇er verilemez**”, Y. 18. HD. 22.10.1996, 8169/9169.

⁵⁷ CANDAN, s. 187.

⁵⁸ KAPLAN, s. 351-352, 355, 362-363.

⁵⁹ BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Maddi Zarar Kavramı, İstanbul, 2007, s. 245 vd.

⁶⁰ BÜYÜKSAĞIŞ, s. 249 vd.; CANDAN, zararın doğmasının kaçınılmaz olması durumunda olası zararın dikkate alınabileceğ̇i görüşündedir, CANDAN, s. 162; GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C II, BURSA, 2003, s. 1180 vd.

Ülkemizde arsaların değerlendirilmesi, genellikle kat karşılığı inşaat yapmak üzere yükleniciye verilmeleri ile mümkün olabilmektedir. Park alanında kalmayan bir taşınmazın kat karşılığı verilerek değerlendirilmesi büyük olasılık içindedir.

O halde, taşınmazın kat karşılığı olarak yükleniciye verilmesi ile mutad paylaşım oranı ve inşaat süresine göre yükleniciden alınacak bağımsız bölümlerin kira geliri tazminat olarak istenebilecektir. Örneğin, park alanına kalan 1000 m² taşınmazın etrafında konut imarı söz konusudur. 1000 m² lik arsa üzerine 150 m² lik 10 adet daire yapılabilmekte, yüklenicilere %60, arsa sahibine %40 verilmekte ve inşaatın da en geç 3 yılda bitirilmesi öngörülmektedir. Arsa sahibi, kendisine kalacak 150 m² lik 4 adet dairenin 3 yıldan sonraki kira mahrumiyetlerini dava konusu yapabilecektir. Kira mahrumiyeti ile ilgili dava belli aralıklarla açılacaktır. Örneğin, inşaatın yapımının öngörüldüğü 3 yılın bitiminden sonraki 2 yıl dolunca, bu 2 yıllık kira bedelinin, her ay için muaccel olan günden itibaren faizi ile birlikte tahsili için dava açılacaktır. Bu şekilde, idarenin kamulaştırma işlemi yapana kadar arsa sahibine kira ödemesi söz konusu olacaktır.

Bu davada da, mülkiyet hakkı ihlalinin sürekliliği nedeniyle, idareye zararın karşılanması için başvurulduğu tarih dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır. İmar planının kesinleşmesinden itibaren 5 yıl dolduktan sonra hangi tarihte zararın giderilmesi için idareye başvurulmuşsa, o tarihten sonrası için arsa üzerine yapılacak inşaatın bitim süresi dikkate alınarak gelir kaybı hesaplanacaktır. Bu başvurunun 5 yıldan sonraki inşaat süresi de dikkate alınarak yapılması gerekir. Yukarıdaki örneğe göre, idareye başvurunun planın kesinleşmesinden sonra en az 5+3= 8 yılın geçmesinden sonra yapılması gerekmektedir.

Görüldüğü gibi bu yöntemde bir çok ileriye dönük varsayımlarda bulunulmaktadır. Ayrıca, zararın bölünebilmesi imkanı olduğundan, her yıl için idareye başvurarak ön karar almak gerekecek, bu formalitenin yerine getirilemediği dönemler için dava açma hakkı kaybedilecektir. Bir başka anlatımla İYUK m 13 deki 1 yıllık süre geçtikten sonra, önceki döneme ait kira kaybının talep edilmesi mümkün olmayacaktır.

Yukarıdaki hesaplama yöntemlerinden en gerçekçi ve varsayıma dayalı olmayanı birinci seçenekte belirtilendir. O nedenle de, idari yargıda açılacak tazminat davasında taşınmazdaki değer düşüklüğünün dikkate alınmasının uygun olacağını düşünüyoruz.

Zararın Hesabında Denkleştirme: Taşınmaz üzerinde malikin bizzat veya kiraya vererek vs. yararlandığı bir taşınmaz varsa, bu nedenle oluşan kazancı denkleştirmeye tabi tutulmalıdır. Hatta bazen davacının tazminat talebinin reddedilmesi bile söz konusu olabilir. Örneğin, daha önce imarsız bir haldeyken ana yol üzerine yapılan işyeri, imar planı geçmesinden sonra, tamamen park alanında kalmıştır. Taşınmaza imar verilseydi dahi bu büyüklükte inşaatın yapılamayacağını anlaşıldığı durumlarda, arsa sahibinin tazminat talebi reddedilecektir.

Hukuki sürecin işletilmesindeki zorlukları dikkate alan vatandaşlar taşınmazlarını elverişsiz imar durumundan kurtarmak için değişik yollara başvurumaktadırlar. Bunlardan bazıları şöyledir;

1- Taşınmazı kamu tesisleri alanından çıkaracağını ve üzerine çevreye uygun konut ya da ticari amaçlı yapı inşa edeceğini vaat eden yüklenici ile, noterden kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmaktadır. Böylece imar durumu müsait olan bir taşınmaz için piyasa rayıçlarına uygun olarak o yöredeki paylaşımın %40 (arsa sahibi)- %60 (yüklenici) olduğunu varsaydığımızda, yüklenici taşınmazın imar durumunun düzeltilmesi için yapacağı çalışma ve giderleri göz önünde tutarak, arsa sahibine %25 veya %30 gibi bir pay teklif etmekte, aralarında imar durumunun düzeltilmesi için bir süre kararlaştırılmakta ve o süre içinde beklenen imar düzenlemesi sağlandığında kararlaştırılan inşaat süresi devreye girmektedir.

2- Arsa sahibi, imar sorununu çözmeyi üstlenen etkili ve idarelere karşı sözünü geçirebilecek olan kişiye, tapusunu devretmekte ve o kişi taşınmazın maliki sıfatıyla idarede sözünü geçirmeye çalışmakta, imar durumu düzeldikten sonra, arsa sahibine haklarını geri vermektedir. Bunun bir benzeri de taşınmazın tamamı değil de bir kısmının etkili ve nüfuzlu kişi üzerine aktarılmasıdır.

3- İmarı düzgün olmayan taşınmaza talip olan kişi bu yeri düşük bedelden satın alarak, idarelere yaptığı başvuru sonucunda imarını düzeltmeyi tasarlamakta, kendisine verilebilecek sözler doğrultusunda taşınmazı çok düşük bir değerle satın almakta, kısa bir süre sonra taşınmazın imarı düzeltilmektedir.

Görüldüğü gibi, taşınmazdaki uzun süreli tasarruf kısıtlamaları, mülkiyet hakkının ihlali yanında, haksız kazanca neden olmakta ve hukuk dışı yolların aranmasını teşvik etmektedir.

PEKİ ÇÖZÜM NE OLMALIDIR ?

Kanımızca imar planında uzun süre kamu alanında kalan yerlerin belli bir süre içinde (örneğin 5 yıl) içinde kamulaştırılmasını zorunlu tutacak yasal düzenleme yapılmalıdır. Bu yasal düzenlemeye uymayanlar hakkında ağır cezai yaptırımlar öngörülmelidir. Ayrıca, sürenin sonunda mal sahibine kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminat davası açma hakkı tanınmalıdır. Yapılacak düzenlemede en önemli sorun, kamulaştırma bedelinin teminindeki güçlülüktür. Bu da, ihdas edilecek bir ek vergi veya emlak vergilerinden alınacak bir katkı payı ile sağlanabilir. Özellikle Emlak Vergisi Kanunu'na koyulacak bir hüküm ile katkı payı (ek vergi) ihdas edilerek, taşınmaz sahiplerinin hakları arasındaki dengesizlik ve adaletsizlik giderilebilir.⁶¹ Böyle

⁶¹ Benzer bir uygulama 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m 12 de yapılan değişiklikle getirilmiştir. Söz konusu değişiklik hükmünde "Belediyelerin ve il özel idarelerinin görev alanlarında kalan kültür varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi amacıyla kullanılmak üzere 29/7/1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 8 inci ve 18 inci maddeleri uyarınca mükellef hakkında tahakkuk eden emlak vergisinin % 10'u nispetinde

bir düzenlemede, toplanan paranın sadece kamu alanında kalan yerlerin kamulaştırmasını desteklemek amacıyla kullanılacağını belirtilmesi gerekir.

SONUÇ: Kamu alanında kalan yerlerin uzun süre kamulaştırılmaması durumunda,

1-Yoğunluk arttırımı nedeniyle, asgari sosyal donatı alanları ile ilgili standartlar ve aynı nitelikte eşdeğer alan ayrılmasına dair mevzuat hükmü dikkate alındığında, idareyi imar izni vermeye zorlayıcı davadan sonuç almak güçtür.

2-İdareyi kamulaştırmaya zorlayacak bir davadan da sonuç alınamamaktadır. Devleti koruma düşüncesine dayanılarak verildiğini düşündüğümüz Danıştay kararlarının, anayasal ve evrensel mülkiyet hakkının, hak arama özgürlüğünün ihlaline neden olduğu açıktır. Fakat Danıştay'ın bu görüşünü terk etmesine veya bu konuda yeni bir düzenleme yapılmasına kadar, idareleri kamulaştırmaya zorlamak mümkün görülmemektedir.

3-Taşınmazda hukuki yönden tasarrufun engellenmesi nedeniyle, ilgili idare aleyhine kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminat davası açılabilir. Ancak Yargıtay, fiili elatma olmadıkça, bu tür davaların reddedilmesi gerektiği görüşündedir.

4-Mülkiyet hakkının ihlali nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurularda da, iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararları verilmekte, hükümetin savunması doğrultusunda, idari yargıda tam yargı davası açılması gerektiği ifade edilmektedir.

5-Uluslararası Mahkemenin görüşü de eleştiriye açıktır.

a-Öncelikle Yüksek Mahkeme, idari yargıda açılacak davada tazminatın nasıl hesaplanacağına dair görüş bildirmediği gibi, kendisinin verdiği tazminat kararlarında da, belli kriterler ortaya koymaktan kaçınmaktadır.

b-Halbuki, idareye taşınmazın (kamulaştırma) bedelinin ödenmesi zorunluluğu getirilmesi daha doğru olurdu. Taşınmazın kısıtlılık durumunun oluşturduğu zararın belirlenip hüküm altına alınmasından sonra, zaten idareler kamulaştırma yolunu tercih edeceklerdir. Hüküm altına alınacak zarar, büyük ihtimalle, ileride yapılacak kamulaştırmadaki bedel tespitinde dikkate alınacağından, bir başka anlatımla, kamulaştırma bedelinden mahsup edileceğinden, vatandaşın mağduriyeti giderilmiş olmayacak, açtığı davalar ve verdiği uğraşlar nedeniyle yıpranmış olacaktır. İnsan Hakları Mahkemesinin benimsediği yol dolambaçlı ve usul ekonomisine aykırıdır.

c)Türkiye'de idari yargının özellikle tazminat davaları bakımından iyi işlemediği ve devleti koruyucu kararlar verildiğini tespit eden Uluslararası Mahkemenin idari yargıdan beklenti yaratacak karar vermesi bir çelişki oluşturmaktadır. Esasen Türkiye'de tazminat davaları bakımından adli-idari

yargı ayrımı kaldırılmalıdır. Çünkü her iki yargı yolunda da tazminatın belirlenmesi Borçlar Kanunu'na göre yapılmaktadır. Ancak İdari yargıda, devleti koruma düşüncesi ile hareket edilmekte ve tazminat hakkını kısıtlayıcı yorumlar yapılmaktadır. Örneğin idari yargıda, idarenin müteselsil sorumluluğu, munzam zarar kabul edilmemekte, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak kısmi dava açılmamaktadır. Tanık dinletilememektedir. İYUK m 13 de 1 yıl ve beş yıllık sınırlayıcı süreler bulunmaktadır. Çok şekilci davranılmakta, davanın ehliyet veya süre yönünden reddedilmesine çalışılmaktadır. O nedenle idari yargıda açılacak bir davadan sonuç alınacağı inancını taşımıyoruz.

6-Uluslararası Mahkemenin kararları doğrultusunda idari yargıda açılacak davada, kısıtlılık nedeniyle taşınmazdaki değer düşüklüğünün talep edilmesi benimsenebilir. Bu tür bir davada mülkiyet hakkının ihlali ve dolayısıyla da zarar devamlılık gösterdiğinden ve bölünmediğinden, idareden zararın giderilmesinin istendiği tarih itibarıyla zarar belirlenecek ve hüküm altına alınacaktır. İleride taşınmazın kamulaştırılması halinde, tazminatın ödendiği tarihteki toplam değer düşüklüğü oranında, kamulaştırma bedeli eksik ödenecektir.

7-Taşınmazdaki uzun süreli tasarruf kısıtlamalarına karşı mücadele ederken, hukuki sürecin işletilmesindeki zorluklar nedeniyle, daha zahmetsiz ve hukuk dışı yollardan taşınmazın değerlendirilmesi arayışları hız kazanmaktadır.

8-Olması gereken taşınmazların kamulaştırılması için azami bir süre belirlenmesi, bu süre içinde yapılmayan kamulaştırma nedeniyle kamu görevlileri ve ilgililerin hukuki ve cezai yönden sorumlu tutulması, mal sahibine kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat davası açma imkanı tanınması ve kamulaştırma bedellerinin karşılamasına yardım edecek ek vergi veya vergilerin ihdas edilmesidir.

HEKİMİN, VEKALET SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE SORUMLULUĞU HAKKINDA, İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARI İNCELEMESİ¹

Av. Ferhat YILDIRIM*

Genel olarak

Çalışmaya konu olan İsviçre Federal Mahkemesi kararı ile genel olarak, mukayeseli hukukta, vekalet sözleşmesi ve vekalet sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin somut olaylar karşısında nasıl yorumlandığını ve uygulamada mahkemelerin bu konuya ilişkin nasıl yaklaştıkları ve ne yönde karar verdikleri ele alınmıştır.

İncelemeye konu karar temelinde vekalet sözleşmesini barındırmakla birlikte, somut olaya konu olan husus özellikle, hekimin vekalet sözleşmesi çerçevesinde sorumluluğunu irdelemekte ve hekimlik sözleşmesi hakkında bilgiler barındırmaktadır.

Çalışmaya esas teşkil eden karar da ele alınan temel sorunlar, “Hekimin Sözleşmesel Sorumluluğu (Art.398 Abs.1 und 2 OR2)” , “Hekimin Sorumluluğunun Ölçüsü” ve “Hekimin Özen Borcu” şeklindedir.

Kararın analizinde öncelikle mahkemenin karar metni (Das Urteil)’nin çevirisi yapılarak bu çeviri metni içerisinde; somut olay (Sachverhalt), davanın tarafları ve talepleri (Vorbringen- der Klägerin und Beklagten), ilgili mercilerin kararları ve bunların gerekçelerine ilişkin açıklamalar incelenip, devamında karara konu düzenleme ile ilgili olarak açıklamalara ve kanaat (sonuç) bölümüne yer verilecektir.

I-KARAR (Das Urteil, sachverhalt, Vorbringen- Der Klägerin und Beklagten)

*Bayan (X), obezite tedavisi ile ilgili sorununun giderilmesi ile ilgili olarak Doktor (Y)’ye başvuruda bulunmuştur. Doktor (Y)’nin hasta üzerinde yaptığı muayene neticesinde hastası olan Bayan (X)’in 110 kg ağırlığında ve 170cm uzunluğunda olduğu ve bu koşullar altında özel bir klinikte gastropласти³ ameliyatının yapılacağını dile getirmiştir. 9 Mart 1988 tarihinde doktor ilgili klinikte bahse konu ameliyatı gerçekleştirmiş, ameliyat esnasında hastanın karın bölgesinde bulunan bel fıtıklarının da alarak tedavi etmiştir. Bayan (X),

¹**URTEILSKOPF 119 II VOM 27.12.1993.** Orijinal karar metni için bkz.

(<http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954-direct.htm>)

*Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi, İstanbul Barosu Avukatı.

² Obligatorisches Recht (İsviçre Borçlar Kanunu).

³ Midedeki anormal yapının ameliyat ile düzeltilmesidir. (bkz. <http://www.tipterimleri.com/>)

gastroplasti ameliyatı dışında fitik ameliyatı geçirdiğini olayın üzerinden bir yıl gibi bir süre geçtikten sonra öğrenmiştir.

*Ameliyat neticesinde hastanın geçirdiği operasyonlara ilişkin giderlerle ilgili olarak, hastalık sigortası şirketi (Z), 20.709-CHF (İsviçre Frangı)'lık fatura bedelini reddetmiş buna katılmasının mümkün olmadığını dile getirmiştir. Buna gerekçe olarak da, bahse konu bakım giderlerinin zorunlu olmadığını – somut olayda olduğu gibi – ve sigortalının kilosuna, boyu için ideal olan ağırlığının %180'ine ulaşmasının söz konusu olmadığından gastroplasti ameliyatının yapılmasının söz konusu olmayacağını, bu bağlamda doğmuş olan masrafların kendisinden talep edilmesinin mümkün olmayacağını ileri sürmüştür.

*Bayan (X), bu durum karşısında Waadt Kantonu Sigorta Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Waadt Kanton Mahkemesi hastanın obeziteyle ilgili olarak herhangi bir cerrahi durumunun söz konusu olmayacağına bu nedenle de 9 Mart 1988 tarihinde geçirdiği ameliyat ile ilgili olarak gastroplasti ameliyatı giderlerine katlanmak zorunda kalacağına ancak fitik ameliyatına ilişkin masrafların -ki bu masrafların tutarı genel tutarın ½'sine tekabül etmektedir- sigorta şirketi tarafından davacı Bayan (X)'e ödenmesi gerektiği şeklinde karar vermiştir.

*Waadt Kanton Mahkemesi'nin bu kararını kabul etmeyen Hastalık Sigorta Sandığı, iş bu karara ilişkin Federal Sigorta Mahkemesi'ne başvurmuş ve temyiz etmiştir. Burada merak edilen -neticeye vardırılması istenen- sorun; obezite tedavisi ve fitik ameliyatının yapımı için kullanılan ilaçlar ve tıbbi giderlerin paylaşımı hususu olup, hastalık sigortası sandığının mevcut masrafların ne kadarı ile sorumlu olacağı hususudur. Federal Sigorta Mahkemesi hastalık sigorta sandığının başvurusunu kabul ederek, yapılan masrafların tekrar hesaplanmasına karar vererek ve yapılan tetkik neticesinde Sigorta Şirketi (Z)'nin sigortalısı olan Bayan (X)'e fitik ameliyatından kaynaklanan husus ile ilgili olarak 5.177-CHF'lik -ki bu bedel toplam müdehale masraflarının ¼'üne tekabül etmektedir- ödemede bulunması gerektiğine kanaat getirmiştir.

*Bayan (X), 11 Ocak 1990 tarihinde yazılı talepte bulunarak, doktor (Y)'nin, ücret faturası dışında kalan müdahale masrafları ve bunların faizleri ile manevi zararlara tekabül eden 26.049-CHF'nin ödemeye mahkum edilmesini istedi. Bayan (X), bu taleplerine mesnet olarak, doktor (Y)'nin hem 9 Mart 1988 tarihindeki operasyona yönelik giderlerin sigorta tarafından karşılanacağına dair garanti vermesini hem de ameliyat esnasında ayrıca fitik ameliyatında yapıldığının kendisinden saklanarak ameliyat sonrası bu durumun kendisine bildirilmemiş olmasını göstermiş ve bu bağlamda da doktorun sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmediğini belirtmiştir. Doktor (Y), Bayan (X)'in bu iddialarını kabul etmemekle birlikte karşı dava açarak, Bayan (X)'in kendisine 5.230-CHF ödemesi gerektiğini dile getirmiştir. Sigorta şirketinin yaptığı kısmi ödeme neticesinde davacı Bayan (X), talebini mahsup ederek, 26.049-CHF'den 20.871-CHF'ye indirmiştir. 2 Mart 1993 tarihli Waadt Kantonu Sulh Hukuk Mahkemesi (Zivilgericht des Amtsgerichts

des Kantons Waadt) davacının talebini reddederek, 5.320-CHF'nin faizleri ile birlikte davalı doktor (Y)'ye ödemesine karar verdi. Bayan (X) bu karara ilişkin olarak karar düzeltme yoluna başvurdu.

*Kanton Mahkemesi, doktorun, hastaya yapılan ameliyatla ilgili olarak Hastalık Sandığının yardımcı olup olmayacağı hususunda bilgi vermekle mükellef olup olmadığı hususunda herhangi bir açıklama yapmamıştır. Kaldı ki böyle bir sorumluluk tanınmış olsa dahi, vekil böyle bir sorumluluğu taahhütte bulunmamıştır. Bayan(X), Kanton Mahkemesi'nin doktorun sözleşmesel sorumluluğu konusunda değerlendirme yapmadığını düşünmüştür. Bayan (X), doktor (Y)'nin kendisine , ya doğru bilgileri vermesi gerektiğini ya da konu hakkında bilgisi olmadığını beyan etmesi gerektiğini ancak bunu yapmadığından vekillik ilişkisinden kaynaklanan sözleşmesel sorumluluğunu ihlal ettiğini ve bundan dolayı oluşan zararı da tazmin etmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

*Haklı olarak Kanton Mahkemesi, taraflar arasındaki anlaşmayı vekalet ilişkisi olarak kabul etmektedir (Art.394,OR)⁴. Yine İsviçre Borçlar Kanunu'nun 398. maddesinin 2. fıkrasında⁵, vekilin, müvekkile karşı, üzerine almış olduğu işlerin iyiniyet ve titizlikle yerine getirilmesinden sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu'nun 398.maddesi "İyiniyetle İfa Mükellefiyeti -Sadık ifa mükellefiyeti-"⁶ başlığını taşımaktadır. Ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu md.398/1'de⁷ vekalet ilişkisine yönelik olarak iş sözleşmelerinde işçinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere de atıf yapmaktadır.

*Hastanın gerekli bir şekilde bilgilendirilmesi doktorun sözleşmesel sorumluluğunun bir parçasıdır. Bugüne kadar ki içtihatlar, doktorun tedavi yada ameliyat yapması hususunda ilk olarak hastanın muvafakatına yönelik bilgi verme yükümlülüğüne ilişkindir. Yani, hasta için belirli tehlikesi olmayan ve vücuda kesin ve devamlı olarak zarar vermeden muameleler dışında, doktor uygulayacağı tedaviye yönelik -tedavinin niteliği ve riskleri gibi- hastaya bilgi vermekle mükelleftir. Nitekim Federal Mahkeme obiter dictum⁸ olarak hekimin hastaya bilgi verme yükümlülüğü, operasyonun maliyetine ve ekonomik çerçevede tedavinin özelliklerine yönelik unsurları da kapsaması gerektiğini dile getirmiştir. İsviçre doktrininde bazı yazarlar, hekimin bilgi vermesi hususunda fikir birliği sağlayamamışlardır. Bir kısım

⁴ İsviçre Borçlar Kanunu md.394, (1.Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.

².Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonders Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag. ³.Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist.)

⁵ Art. 398/2, OR "Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes"

⁶ Haftung für getreue Ausführung.

⁷ Art.398/1,OR "Den Beauftragte haftet im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis"

⁸ Bir hakim tarafından resmi olmayarak ileri sürülen fikir, rastgele söz. bkz. (<http://www.anlambilim.net/obiter-dictum-nedir-80768.htm>)

yazarlar⁹, doktorun hastaya bilgi verme yükümlülüğünü hastanın kişilik haklarına riayet etme açısından ele almaktadırlar ki bu yükümlülüğün ölçüsü diagnostik ve terapötik olup, ekonomik anlamda değildir. Doktrindeki bir kısım yazarlar¹⁰ ise, doktorun hastaya mali konularda da bilgi vermekle yükümlü olduğu kanısındadırlar. Nitekim bir kısım yazarlar, doktorun, hastasına tedavinin ne kadar meblağa mal olacağı konusunda ve bunun hastalık sandığı tarafından ödenip ödenmeyeceği konusunda bilgi vermesi gerektiğini savunmuştur. Alman içtihatlarında da, doktorun hastasına ekonomik anlamda bilgi verme yükümlülüğünün kabul edildiği görülmektedir. Federal Mahkeme, sigortanın hastanın tedavi giderlerini karşılaması konusunda bir şüphenin varlığı halinde, doktorun bilgi verme yükümlülüğünü kabul etmiştir. Burada tıbbi bilgi verme borcu aksine, temel esas, hastanın ekonomik açıdan zor durumda olmasına engel olmak adına, doktorun özen borcunun bir sonucu olmasıdır. Doktrindeki bir diğer görüş ise, doktorun hastasını mali konularda uyarmasının geniş anlamda ele alınmasının isabetli olmadığı yönündedir. Nüssgens, bir çok durumda doktorun, hasta nezdinde kuşku uyandırmaması ve hastayı daha doğru bilgi edinmeye yönlendirmesi gerektiğini savunmuştur.

*Nitekim bu görüş, İsviçre hukukunda da kabul görmektedir. Vekalet kurallarına göre, esas olan vekilin kendisine vekalet veren kişinin menfaatlerini korumasıdır.¹¹ Hele ki, İsviçre gibi sigortanın neredeyse evrenselleştiği bir ülkede, hasta menfaatlerinin daha da özen gösterilecek bir husus olduğu açıktır. Bunun dışında, bir şekilde hastalık sigortasına bağlı olarak çalışan bir doktordan hastalık sandığı tarafından ödenmesi kuşkulu olan durumları bilmesini beklemek gerçekçidir. Nitekim bundan çıkan sonuç; doktor, ekonomik anlamda hastasına bilgi vermekle yükümlü olup, hastalık sigortasının karşılamadığını bildiği ameliyat, doktor ücretleri gibi hususlarda ve bu konularda duyduğu şüphelerini hastasına iletme ve onu uyarmak doktorun yükümlülüğündedir. Kaldı ki, bahse konu olan meblağın yüksek olması, bu yükümlülüğün önemini de arttırmaktadır.

*Bu davadaki olaylardan da anlaşıldığı üzere, temyiz edilen kararda, davacı hastanın davalı doktora, ameliyat masraflarının Hastalık Sandığı tarafından karşılanıp karşılanmayacağını sormuş, doktor ise kendi kanısına göre, müdahalelere konu olan masrafların Hastalık Sandığı tarafından karşılanacağını beyan etmiştir. Bunun dışında davacı hasta kendisine ait sigorta kimliğini (Versicherungsnachweis) davalı doktora durumun üzerine şerh edilmesi için ibraz etmiş ancak davalı doktor şişmanlıkla ilgili olarak bu evraklara herhangi bir çekince şerhi koymamıştır.

a) Bu durum da göstermektedir ki; davacı hasta, davalı doktor tarafından gerçek olmayan bilgi ile yanıltılmıştır. Tartışmasız Kanton Mahkemesi'nin ortaya koyduğu gibi, doktorun açıklamaları bilgi ve kanaat olarak verilmiş olup, kesin bir tavır değildir. Bu olayda davalı doktorun

⁹ Meisel

¹⁰ Engel, Mainrad, Raschein.

¹¹ Art.398/1-2 OR, Art.321/1 OR

“kanımca” şeklindeki açıklaması yeterli olmamıştır. Gerçekte davacı hastanın, şişmanlık sebebi ile oluşan rahatsızlıkların tedavisi konusunda davalı doktora güveni tam olup, bu olayın meydana geldiği sürece kadar davalı doktor benzer tedavilere yönelik olarak 100’ün üzerinde gastroplasti ameliyatı gerçekleştirmiştir. Bu bağlamda davacı hasta, davalı doktorun bahse konu operasyonun mali giderleri ile ilgili kendisine doğru bilgi vermesini haklı olarak bekleyebilecektir. Ayrıca davalı doktor, davacı hastasına yaptığı açıklamalarda herhangi bir tereddüt taşıdığına ilişkin beyanda bulunmamış ameliyat öncesi konu ile ilgili olarak da Hastalık Sandığından bilgi edinmesi gerektiği yönünde bir tavsiyede bulunmamıştır. Ayrıca davalı doktorun, sigorta karnesi üzerinde şişmalıkla ilgili herhangi bir çekincesinin olmadığı kendi el yazısı ile not altına alınmış olup, hastayı yanıltmıştır. Davacı hasta geçireceği operasyona ilişkin masrafların sigorta tarafından karşılanıp karşılanmayacağını davalı doktora açık şekilde sormuş, davalı doktor ise böylesi bir soruya doğru cevap vermekle mükelleftir. Kendisi bu konuda doğru cevap veremeyecek durumda ise konu hakkında bilgi sahibi olmadığını, konu ile ilgili olarak duyduğu endişeleri hastasına bildirmekle ve hastasını tedaviden önce ve sonra hastalık sandığına göndermekle yahut kendisinin sigorta ile doğrudan irtibata geçmesi gerekmektedir. Bu olayda masrafların 20.000 CHF gibi bir rakama ulaşmış olası durumu daha da zorunlu bir hale sokmaktadır. Bu koşullar altında davalı doktor, davacı hastaya hatalı bilgiler vererek, vekalet ilişkisinden doğan yükümlülüğünü ihlal etmiştir.

b) Sözleşmesel yükümlülükle ilgili olarak, kusurun varlığı öngörülebilir. Davalı doktor, eğer şişmanlıktan ötürü tıbbi tedavi ücretinin geri ödenmesinin –ideal kilonun en az %180’e ulaşan bir ağırlıkta – olması durumunda alınabileceğini biliyor ise, bundan çıkan neticenin de hatalı olduğundan bahsetmek gerekir. Davacı hastanın geçirdiği operasyona ilişkin –gastroplasti- yükümlülük ile ilgili olarak ihtilaf Waadt Kantonu Sigorta Mahkemesi tarafından kesin anlamda çözümlendirilmiştir. **Sonuç olarak, davalı doktorun iyiniyetinin varlığı-ki olayda bahse konu edilmemiştir-daha önceki yargıçların görüşlerinin aksine, sorumluluğu bertaraf edebilecek bir unsur değildir.**

*Kanton Mahkemesi tarafından ortaya konulan olayların kronolojisinden, davalı doktorun davacı hastaya gastroplasti tedavisini önerdiğinde, davacı hasta, tedaviyi kabul etmeden önce, davalı doktora tedavi ve ameliyat giderlerinin Hastalık Sandığı tarafından karşılanıp karşılanmayacağı hususunu sormuştur. Tedavi giderlerinin Hastalık Sandığı tarafından ödeneceğinin olması, hastanın tedavi olmasındaki fikrini, iradesini etkileyen bir unsur, faktör olmuştur. Bu durumda davalı doktorun bilgi verme yükümlülüğünü ihlal etmesi ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı söz konusu olmuştur. Bahsedilen hususlar çerçevesinde davacı hasta gibi mütevazı bir hayat tarzı sürdüren kişinin sağlığının korunması açısından kaçınılmaz nitelikte olmayan bir operasyon gideri için 20.000-CHF gibi bir bedele katlanmakla yükümlü olduğunu kabul etmek hayatın olağan akışına aykırıdır.

II-AÇIKLAMALAR :

İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan hukuki problem yukarıda da bahsettiğimiz üzere “Hastalık Sigortası tarafından masrafların karşılanmasına dair hastaya doktorun bilgi verme görevinin kapsamı”, “Vekilin iş görmesinde özen borcu ve bunun kapsamı”dır.

Vekalet Sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu md. 386'da şu şekilde tanım bulmaktadır;

“Vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler. –Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur – Mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstehak olur.”

Vekalet Sözleşmesi mehz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu md. 394'de şu şekilde tanımlanmıştır;

“Bir vekaletin kabulü ile vekil kendisine verilen işleri ya da hizmetleri akit uyarınca yerine getirme borcu altına girer. (Vekalet, vekilin sözleşme dairesinde, yükümlendiği işi idareyi yada taahhüt ettiği hizmeti yapmayı borçlandığı bir sözleşmedir.).Diğer sözleşmeleri düzenleyen kanun hükümlerine tabi olmayan (bu kanunda düzenlenen hiçbir sözleşme çeşidine girmeyen) işlerde vekalet kuralları uygulanır. Vekile sözleşmenin ya da adetin sağlanması durumunda bir ücret borçlanılır.”

Borçlar Kanunumuzdaki ve mehz kanundaki tanımlardan yola çıkarak genel anlamda vekalet akdini, vekilin kendisine vekalet verenin yararına ve idaresine uygun olarak iş görme borcu üstlenilmesi, şeklinde tanımlamak mümkün olabilecektir.

Vekalet akdinin tanımından anlaşıldığı gibi sözleşmeye ilişkin özelliklerin varlığı söz konusudur. Bunlar; borç doğuran rızai bir sözleşme olması, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, şekil şartı olmayan bir sözleşme olması ve taraflar arasında devamlı borç ilişkisine benzer –istinalar hariç¹²- bir boç ilişkisi doğurması, gibi özelliklerdir.

Yine vekalet sözleşmesinin tanımından yola çıkarak, iki taraflı (contrat synallagmatique) bir sözleşme olmasından ötürü sözleşme tarafları olan vekil ile müvekkilin hak ve borçlarının¹³ neler olduğuna bakacak olursak;

Vekilin hak ve borçları; vekilin borçlarının başında vekil sıfatı ile üzerine almış olduğu işi, yada görmeyi vaad ettiği hizmeti özenle görme, yerine getirme borcudur. Bunun dışında vekil müvekkile ait sırları saklamakla ve sadık olmakla mükelleftir. Yine vekil işi müvekkilin talimatına uygun bir biçimde yerine getirmelidir. Ayrıca vekilin aksi durum söz konusu

¹² Belirli bir işin görülmesi amacı ile kurulan vekalet sözleşmelerinde devamlı borç ilişkisine benzer bir durumun varlığından bahsedilemez.

¹³ Vekalet Sözleşmesi, iki taraflı bir sözleşme olması nedeni ile bir tarafın borcu diğer taraf için hak teşkil ettiğinden burada sadece tarafların borçları ele alınmıştır.

olmadıkça işi bizzat görmekle mükellef olup, son olarak da iade borcunun varlığından bahsedilebilir.¹⁴

Müvekkilin hak ve borçları; müvekkilin ücret ödeme yükümlülüğü, vekili görüldüğü iş nedeni ile üstlendiği borçtan kurtarma yükümlülüğü, avans sağlama borcu ve vekilin uğradığı zararı tazmin borcudur.¹⁵

Karara konu olan ve vekilin borçlarından biri olarak düzenlenen özen borcu ve kapsamını kısaca ele alacak olursak;

Vekilin özen borcuna ilişkin düzenleme 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun onüçüncü babının "Vekalet" başlıklı birinci faslında, vekilin borçları arasında md.390/I ve II'de düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun "2-Hüsnü suretle ifa mükellefiyeti, a)Umumiyet itibarıyla" kenar başlıklı 390. Maddesinin I. ve II. fıkralarında şu hükümler düzenlenmiştir.

"Vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir. - Vekil müvekkile karşı vekaleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir."

Borçlar Kanunu'nun 390.maddesinin ilk fıkrasında vekilin özen borcunun işçinin özen borcuna ilişkin hükümlere tabi olacağı belirtilerek BK.md.321'e atıf yapmaktadır. Nitekim atfa konu olan 321.maddede işçinin özen borcu şu şekilde düzenlenmektedir.

"İşçi, taahhüt ettiği şeyi itham ile ifaya mecburdur. - Kasıt veya ihmal ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zararlardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icap eden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezaik istidat ve evsafı gözetebilir."

Doktrin ve uygulamada vekilin özen borcuna ilişkin bahse konu yükümlülük her ne kadar borç olarak adlandırılmış olsa da aslında bununla kastedilmek istenenin teknik anlamda borç değil de bir yükümlülük olduğu ve bu yükümlülüğün tek başına dava konusu olmayacağı ancak ve ancak vekilin bu yükümlülüğü ihlal etmesi neticesinde uğranılan bir zararın varlığı söz konusu olabiliyorsa davaya konu teşkil edilebilecek olması önemlidir.¹⁶

Vekilin özensiz davranması, vekil ile aralarındaki sözleşme gereği üstlendiği işi gereği gibi tam olarak yerine getirmemesi olarak algılanmaktadır. Nitekim Türk ve İsviçre hukukunda vekilin sözleşmesel sorumluluğunun bahse konu olabilmesi için edimin gereği gibi yerine getirilmemiş olması esastır. ¹⁷

"İsviçre Federal Mahkemesi'nin tipik vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilen hekimin veya avukatın özen borcunu ağır bir biçimde ihlal etmesi hallerinde, ilgili meslek veya sanata dair kurallar çerçevesinde sorumlu tutulma eğilimi 1987 yılına kadar sürmüştür. Yüksek Mahkeme, bu tarihten sonra verdiği

¹⁴ **ZEVKLİLER, A.** ,*Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, 8.Baskı, s.366 vd.

¹⁵ **ZEVKLİLER, A.** ,*age.* , s.366 vd.

¹⁶ **BAŞPINAR, V.** , *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s.55 vd.

¹⁷ **BAŞPINAR, V.** ,*age.* ,s.194,195

kararla, önceki görüşünden dönmüş, her türlü özensizlik halinde sözleşmenin ihlal edileceği sonucuna varmıştır.”¹⁸

III-KANAAT (SONUÇ):

Yukarıdaki bölümlerde yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda karara ilişkin kanaati açıklamak gerekirse;

Karara konu olan olayda, Kanton Mahkemesinin de belirttiği gibi taraflar arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğu yönünde tartışma yoktur. Bu bağlamda vekalet sözleşmesinde vekilin en önemli yükümlülüklerinden biri olan sadakat ve özen borcu kararda hukuki ihtilafın çözümünde yorumuna başvurulacak unsurlardır. Yasaya göre vekil, kendisine vekalet verene karşı, işi iyiniyetle ve özenle yerine getirmekle mükelleftir.

Yerleşik içtihatlarda doktorun bir tedavi yada operasyon hakkında hastasına önceden malumat verme ve onun rızasını alması esas olmakla birlikte, belirli bir tehlikesi olmayan ve hastanın vücut bütünlüğüne kesin ve sürekli zarar verecek boyutta olmayacak müdahaleler haricinde, doktorun hasta için öngördüğü tedavinin niteliği ve riskleri üzerine de hastasını bilgilendirmekle yükümlüdür. Somut olayda, doktorun hastanın karın bölgesindeki fitikların alınması şeklinde gerçekleştirdiği operasyon, hastanın vücut bütünlüğünü kesin ve sürekli şekilde olumsuz yönde etkileyecek ve hayati tehlike arz edecek boyutta olmaması nedeni ile hastanın bu konu ile ilgili olarak önceden muvafakatının alınmasının gerekliliği söz konusu olmayacaktır.

Somut kararda ele alınması gereken önemli bir diğer husus ise, vekilin özen borcunun kapsamı, hekimin sorumluluğudur. Olayda hekimin maddi-ekonomik anlamda müvekkili hastasını bilgilendirmemesinin özen borcunun ihlali olup olmayacağı ve bundan ötürü hekimin sorumluluğundan bahsetmenin söz konusu olup olmayacağıdır. Karar metni çevirisinde de belirttiğimiz üzere doktrin yazarlarından bir kısmı hekimin bilgi verme yükümlülüğünün sadece hastanın kişilik haklarına riayet etme açısından olması gerektiğini ileri sürmekte iken, bir kısım yazarlar ise bilgi verme yükümlülüğünü daha geniş çerçevede yorumlayarak konuyu ekonomik açıdan da ele alarak, hastaya tedavi giderleri hususunda da bilgi vermenin hekimin bildirim yükümlülüğü dahilinde olduğunu ileri sürmüşlerdir. Nitekim somut olayda Kanton Mahkemesi'nin incelemesinde de belirttiği gibi davalı doktorun davacının ameliyatını yapmaya hazırlandığı süreçte daha önce buna benzer yaklaşık yüze yakın operasyon yapmış olması konuya hakim olduğunu, tedavi giderlerinin sigorta tarafından karşılanıp karşılanmayacağı hususunda bilgi sahibi olduğunu göstermektedir. Kaldı ki, bir an için aksi düşünülse dahi yine mahkemenin kararında da bahsettiği üzere tutarı ciddi bir meblağ teşkil eden operasyon ile ilgili olarak hekim bilgi sahibi olmasa dahi, bu durumu hastası ile paylaşması sözleşmesel sorumluluk gereğidir. Somut olayda hasta bizzat doktora, operasyon masraflarının sigorta tarafından karşılanıp

¹⁸ BAŞPINAR V. ,age. ,s.194,195 (naklen)

karşılanmayacağını sormasına karşın doktorun karşılanacağı şeklindeki cevabı, hastanın operasyona evet demesine etken olmuş ve hastanın operasyon neticesinde uğradığı zarar ile doktorun beyanı arasında uygun illiyet bağı kurulmuştur. Bu bağlamda hekimin yapılacak operasyonun ekonomik boyutu ile ilgili olarak hastasını bilgilendirmesi de yasanın belirlemiş olduğu sadakat ve özen borcu kapsamında ele alınarak, hastanın uğradığı zararlara doktorun katlanması gerekmektedir.

Kaynakça;

BAŞPINAR, V. , Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu , Yetkin Yayınları , Ankara 2004

ZEVKLİLER, A. , Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri , Seçkin Yayınları , Ankara 2004

Schweizer Gesetzestexte

<http://www.gesetze.ch/>

Scheizerisches Bundesgericht

<http://www.bger.ch/index.htm>

Tıp Terimleri Sözlüğü

<http://www.tipterimleri.com/>

<http://www.anlambilim.net>

YARGIÇ, BİLİRKİŞİ SEÇİMİNDE ÖZGÜRDÜR HİÇ BİR YASA VEYA GENELGE YARGICIN YETKİSİNİ KISITLAYAMAZ.

Çelik Ahmet ÇELİK

ÖZET AÇIKLAMALAR

1)Hukuk ve Ceza Yargılama Yasalarına göre yargıç, bilirkişi seçiminde özgür olduğu gibi, ayrıca, bilirkişi raporları hiçbir biçimde bağlayıcı değildir.

2)Yargıç, resmi bilirkişilere dahi başvurmak zorunda değildir. Nitekim Yargıtay, Adli Tıp Kurumu raporlarının yetersiz bulunması durumunda, başka bilirkişi kurullarından rapor alınmasını öngörmektedir. Örneğin, bedensel zararlar ile hekim ve hastane hatalarından kaynaklanan olaylarda, Adli Tıp Kurumu dışında bilirkişi kurulları oluşturulması ya da Tıp Fakülteleri Kürsü Konseyinden görüş alınması önerilmektedir.

3)Hekim ve hastane hatalarına ilişkin olaylarda, Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınması zorunluluğuna ilişkin yasa hükmü, Anayasa'ya aykırı bulunmuş ve Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.2010 gün E.2009/69 K.2010/79 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

4)2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Yasası'nda da öncelikle Kuruma başvurma koşulu bulunduğu ileri sürülmekte ise de, Yasa'nın 16. maddesinde böyle bir şart, bir zorunluluk yoktur. Hem olsaydı, o da Anayasa'ya aykırılık nedeniyle şimdiye kadar iptal edilmiş olurdu.

5) Yargıtay kararlarında, resmi bilirkişi niteliğindeki kurumlara başvurma zorunluluğu bulunmadığı açıklanmış ve bunlardan Yüksek Sağlık Şurasına ilişkin yasa hükmü Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olmasına göre, Hazine Müsteşarlığı'nın 05.02.2010 gün 2010/4 sayılı "tazminat hesaplarının aktüerler tarafından yapılmasını" zorunlu tutar biçimde kaleme alınan ve bir takım (Yargıtay uygulamasına aykırı) hesaplama yöntemleri öneren genelgesi hiç bir biçimde yargıyı ve yargıcı bağlayıcı değildir. Üstelik bu genelge, Anayasa'nın 138. maddesi ile Hukuk ve Ceza Yargılama Yasalarına aykırı olduğundan geçersizdir.

6) Sigortacıların ve aktüerlerin Hayat Sigortalarında uyguladıkları hesaplama yöntemleri, ölüm ve yaralanma nedeniyle tazminat hesaplarında uygulanamaz. Hem hesap formülleri önemli olmayıp, asıl olan "hukuksal değerlendirmeler"dir. Bu değerlendirmeleri de ancak "Hukukçu Bilirkişer" yapabilirler. Zaten hesaplama yöntemleri Yargıtay'ca belirlenmekte olup, tazminat davalarında başka formüllerle hesaplama yapılması geçersizdir.

AYRINTILI AÇIKLAMALAR

1- Hukuk Yargılama Yasası'na göre yargıç bilirkişi seçiminde özgürdür.

HMUK'un 275 vd. maddelerine göre "Yargıç, bilirkişi seçiminde bağımsızdır. Dilediği ve uzmanlığına güvendiği kişileri bilirkişi seçmekte özgürdür. Ve ayrıca bilirkişi görüşüyle de bağlı değildir. (Bilirkişi raporları Hakimi bağlamaz. HMUK.m.286)

2- Yargıç, resmi bilirkişilere dahi başvurmak zorunda değildir.

a) Her ne kadar HMUK.276/2 maddesinde resmi bilirkişilerden sözedilmiş ise de, bu dahi sınırlı koşullar dışında, yargıç için bağlayıcı değildir. Nitekim, Adli Tıp Kurumu resmi bilirkişi sayılmasına karşın, Yargıtay'ın bir çok kararında Adli Tıp Kurumu İhtisas Daireleri'nin ve hatta raporlar arasındaki çelişkileri gidermekle görevlendirilen Adli Tıp Genel Kurulu'nun raporlarıyla bağlı kalınmayıp, gerektiğinde mahkemece oluşturulacak bilirkişilerden görüş alınması öngörülmektedir. Özellikle, beden gücü kayıplarında, hekim ve hastane hatalarında Adli Tıp Kurumu'nun koruyucu tavrı karşısında, Yargıtay, Tıp Fakülteleri kürsü konseyine başvurularak adları bildirilecek bilirkişi kurulundan rapor alınmasını öngörmektedir.

b) Bu konuda incelediğim bazı Yargıtay kararları görüşümü desteklemektedir. Bu kararlarda "Adli Tıp Kurumu ile Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Kurulu raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi için Tıp Fakülteleri Kürsü Konseyine başvurulması gerekeceği" görüşü benimsenmiştir.

Örneğin, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 16.03.2006 gün ve 6060-10174 sayılı kararında:

"Adli Tıp İhtisas Dairelerince verilen raporlar mahkemece bağlayıcı değildir.

Doktorun özen borcunu gerektiği gibi yerine getirip getirmediği konusunda Adli Tıp raporunda gerekçeli ve aydınlatıcı bir açıklama olmaması karşısında, mahkemece, konusunda uzman üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişi kurulu aracılığı ile davacıya ait tüm raporlar incelenerek, davalının özen borcunu yerine getirip getirmediğinin, bir kusur olup olmadığının tespiti istenmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir" denilmiştir.

13.HD.06.03.2003 gün E.2002/13959 K.2003/2380 sayılı kararına göre de:

"İçeriği yönünden inandırıcı ve tatminkâr olmayan Adli Tıp Kurumu raporuna dayanılarak hüküm kurulamaz. Bu nedenle, üniversiteden seçilecek uzmanların oluşturduğu bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır."

(Başka karar örnekleri :21.Hukuk Dairesi'nin 17.06.2004 gün 5338-5964 sayılı, 09.11.1998 gün 7558-7493 sayılı, 10.Hukuk Dairesi'nin 05.10.2006 gün 754-11240 sayılı, 26.03.2002 gün 1864-2732 sayılı, 02.06.2003 gün 3938-4611 sayılı ve Hukuk Genel Kurulu'nun 18.02.1998 gün E.1997/10-

881 K.1998/113 sayılı kararları; bu kararlara Kazancı Yazılım'dan ulaşabilirsiniz.)

b)Şunu da ekleyelim ki, Adli Tıp Kurumu'na başvurma koşulu konusunda 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 16.maddesi ileri sürülmekte ise de, bu maddede böyle bir şart, bir zorunluluk bulunduğu ilişkin bir açıklama yoktur. Hem Adli Tıp Kurumu Kanunu'nda başvurma zorunluğuna ilişkin bir hüküm olsaydı, Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptali istenebilirdi. Nitekim, aşağıda açıklanacağı gibi, Yüksek Sağlık Şurası'na başvurma zorunluluğuna ilişkin yasa hükmü Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

3- Resmi bilirkişilik Anayasa'ya aykırı bulunmuştur.

Ceza mahkemelerinde, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75.maddesi ile CMUK. 66/3. maddesi gereği, öncelikle Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınması zorunlu tutulmakta iken, 22.10.2010 gün 27737 sayılı RG'de yayınlanan Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.2010 gün E.2009/69 K.2010/79 sayılı kararıyla 1219 sayılı Yasa'nın 75.maddesi Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında şu görüşlere yer verilmiştir:

a) Anayasa'nın 138.maddesine göre Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

b)Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63.maddesinin (1) numaralı fıkrasında, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen veya talep üzerine karar verilebileceği, ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemeyeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Kanun, hangi hallerde bilirkişiye başvurulacağını bazen çok genel ifadelerle belirtirken, sanığın şuurunun tetkiki, ölünün adli muayenesi, otopsi, zehirlenme gibi vakıalar bakımından açıkça öngörmüş; bazı özel kanunlarda da bilirkişiye başvurma mecburiyeti ile bilirkişinin kimliği veya hangi kurum olduğu açıkça vurgulanmıştır. Bu tür durumlarda mahkemece ancak belirtilen resmi bilirkişilerin teknik yardımına başvurulabilir. İtiraz konusu kuralla Şura'ya verilen bu görev de resmî bilirkişilik görevidir.

Ancak, hâkimin yasayla belirlenmiş bilirkişiye başvurma zorunluluğu onun deliller ve bilirkişi raporu üzerindeki takdir yetkisini ortadan kaldırmaz.

c) Anayasa'nın 36.maddesinde herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu; hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı belirtilmiştir. 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesi gereğince Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınmasının zorunlu olması Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı olduğu görüşü ile iptali gerekmektedir.

d) Ceza davasında amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. İtiraz konusu kuralla, bu amaca hizmet edecek şekilde 1930'lu yıllarda Yüksek

Sağlık Şurası'na resmi bilirkişilik görevi verilmiştir. Söz konusu kuralda, mahkemelerin görüşünü alabileceği üniversitelerin tıp fakülteleri, eğitim veren devlet hastaneleri veya Adli Tıp Kurumu gibi donanımlı tıbbi kurumlara başvuru olanağının bulunmasına karşın, belirtilen yapısıyla faaliyet gösteren Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünü almaya mahkemelerin zorlanması ve söz konusu Kurul'un görüşünün alınması için belli bir süre de öngörülmemesi davaların gereksiz yere uzamasına neden olabilecektir. Bu durumun Anayasadaki mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığı açıktır, kuralın iptali gerekir

4- Hazine Müsteşarlığı Genelgesi hiçbir biçimde bağlayıcı değildir.

a) Hazine Müsteşarlığı'nın 05.02.2010 gün 2010/4 sayılı "tazminat hesaplarının aktüerler tarafından yapılmasını" zorunlu tutar biçimde kaleme alınan ve bir takım (Yargıtay uygulamasına aykırı) hesaplama yöntemleri öneren **genelgesi** hiç bir biçimde yargıyı ve yargıcı bağlayıcı değildir. Üstelik, bu genelge Anayasa'nın 138.maddesi ile Hukuk ve Ceza Yargılama Yasalarına aykırı olduğundan geçersizdir.

b) Sigortacıların ve aktüerlerin Hayat Sigortalarında uyguladıkları hesaplama yöntemleri, ölüm ve yaralanma nedeniyle **tazminat hesaplarında uygulanamaz. Hem hesap formülleri önemli olmayıp, asıl olan "hukuksal değerlendirmeler"**dir. Bu değerlendirmeleri de ancak **"Hukukçu Bilirkişer"**yapabilirler. Zaten hesaplama yöntemleri Yargıtay'ca belirlenmekte olup, tazminat davalarında başka formüllerle hesaplama yapılması geçersizdir.

c) Söz konusu genelge'de, yasal düzenlemelere aykırı olarak yetkisiz kişiler ve ilgili kurum tarafından Amerikan CSO-1980 Yaşam (Mortalite) Tabloları kullanılması önerilmiş ise de, bunun yargıda açılan tazminat davalarında uygulanmak istenmesi yasal değildir. Çünkü, halen yargı'da ve Sosyal Güvenlik Kurumlarında uygulanması zorunlu olan PMF-1931 Yaşam Tablosudur. Bu tablonun yasal dayanağı 506 sayılı Yasa'nın 22.maddesi olup, İş Kazalarıyla Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Hakkında 4772 sayılı Kanuna ek olarak (Çalışma Bakanlığı ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından birlikte) hazırlanmış ve

1965 yılında yürürlüğe konulmuştu. 5510 sayılı yeni Sosyal Güvenlik Yasası'nda, yürürlükten kaldırılan 506 sayılı Yasa'nın 22.maddesi benzeri bir hüküm bulunmadığından, yeni bir yasal düzenleme yapıncaya kadar PMF-1931 yaşam tablosunun kullanılmasına devam edilmesi gerekmektedir.

d) Sigortacıların Hazine Müsteşarlığı Genelgesi'yle uygulamak istedikleri Amerikan tablolarının pek çok sakıncaları vardır. Şöyle ki:

1) Kara Avrupasında toplum yapıları, hukuk düzenleri, yasaları az çok bize benzeyen ülkeler varken, okyanus ötesi bir ülkenin yaşam tablolarının alınmasının mantıklı bir açıklaması olamaz. Üstelik bu tablolar beyaz-zenci-göçmen gibi Amerikan toplumunun etnik yapısına göre düzenlenmiş ve yaşam düzeyi çok yüksek gösterilmiştir. Bizim toplum yapıımızla uzak yakın bir benzerliği asla yoktur.

2) Bu tablolarla, SGK'ca kabul edilmiş yüzde beş iskonto oranı uyumlu değildir.

3) Bu tablolara göre yapılacak peşin değer hesapları, hem işçiyi ve hem de işvereni mağdur edecek sonuçlar doğuracaktır. Hesaplanacak yüksek miktartlı peşin değerler üzerinden işverene karşı açılan rücu davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu, haksız ve fazla tahsilât yapma olanağı elde etmiş olacaktır. Öte yandan, yüksek miktarda hesaplanacak peşin değer tutarları, işçinin açtığı tazminat davasında tazminattan indirileceğinden işçi de mağdur edilecektir.

e) Hazine Müsteşarlığı Genelgesi'nde ayrıca %3 teknik faiz oranı önerilmiştir. Bu oranı kimin ve neye göre belirlediği belli değildir. Yargıtay her yıl için %10 artırım ve %10 indirim öngördüğüne göre, biz (yanlış da olsa) buna uymak zorundayız.

f) Ve nihayet Hazine Müsteşarlığı Genelgesi, Anayasa'nın 138. maddesi ile Hukuk Yargılama Yasası'nın 275-286 maddelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 138.maddesi 1.fikrasına göre: "Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler."

Maddenin 2.fikrasına göre de: "Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz."

Maddenin 2.fikrasında hiçbir organ ve makamın mahkemelere ve hakimlere "emir ve talimat veremeyeceği, GENELGE gönderemeyeceği" açıklandığına göre, Hazine Müsteşarlığı genelgesinin mahkemeleri bağlamayacağı Anayasa'nın açık hükmüdür.

Öte yandan, yukarda ilk bölümde belirttiğimiz gibi, Hukuk Yargılama Yasası'na göre: "Yargıç, bilirkişi seçiminde bağımsızdır. Dilediği ve uzmanlığına güvendiği kişileri bilirkişi seçmekte özgürdür. Ve ayrıca bilirkişi görüşüyle de bağlı değildir. Bilirkişi raporları Yargıcı bağlamaz." (HMUK.m.275-286)

(Ek bilgi: Yargıtay'ca öngörülen tazminat hesaplama yöntemleri konusunda Hukuk Genel Kurulu'nun, 10.Hukuk Dairesi'nin, 21.Hukuk Dairesi'nin çok sayıda kararlarını Kazancı Yazılım'da bulabilirsiniz.)

DEVLET MEMURLUĞUNDAN ÇIKARMA

Adem AVCI*

GİRİŞ

Bu çalışmamızda, öncelikle kamu görevlilerine genel olarak değinip memur kavramını ele alacağız. Sonra disiplin hukukunun genel ilkelerine değinip disiplin cezası türlerinden bahsedeceğiz. Özel olarak ise devlet memurluğundan çıkarılma cezasını inceleyeceğiz. Daha sonra, bu cezaya karşı idari ve yargısal başvuru yollarının olup olmadığını göreceğiz. Ayrıca disiplin soruşturması ile ceza soruşturması arasındaki ilişkiyi, birbirlerini etkileyip etkilemedikleri sorusuna cevap bulmaya çalışacağız. Bütün bunları Danıştay kararlarıyla örneklendirip çalışmamızı tamamlayacağız.

I. KAMU GÖREVLİLERİ

A. Kamu Görevlisi

İdarenin, görevlerini ifa için kullandıkları menkul ve gayrimenkul mallar onun maddi unsurunu; istihdam ettiği personel ise insan unsurunu oluşturur. İdarenin insan unsuruna “*kamu görevlileri*”, *kamu personeli*” veya “*kamu hizmeti görevlileri*” denilmektedir.¹

Kamu görevlileri, kamu yönetimi içinde bir kuruluşa ya da bir kuruma bağlı olarak çalışırlar. Kamu görevlisi kavramı geniş ve dar anlamda kamu görevlisi olarak iki anlamda kullanılır:

1. Geniş Anlamda Kamu Görevlisi:

Kamu tüzel kişilerinde görev yapan ve kamu hukuku düzenine tabi olan bütün kişilere “*geniş anlamda kamu görevlisi*” adı verilir.²

2. Dar Anlamda Kamu Görevlisi:

Bu kavram, Anayasamızın 128. maddesinde de belirtildiği gibi, kamu iktisadi teşebbüsleri ve öteki kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten kişileri kapsamına alır.

Yine, Anayasamızın 128. maddesi, bu kişilerin “devlet memurları” ve “diğer kamu görevlileri” olduğunu vurgulamaktadır.³

Memurlar, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilen kişilerdir (DMK, m. 4/A).

*Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

¹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitapevi Y. , Ankara, 2008, s. 199.

² GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. II, Ekin Y. , Bursa, 2009, s. 624.

³ GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, Der Y. , İstanbul, 2008, s. 523-524.

Diğer kamu görevlilerini, memurlar dışında idare ile kamu hukuku ilişkisi içinde bulunan ve kamu hizmetinin asli elemanı kabul edilen bir görevde çalışanlar meydana getirir. Buna göre, memurlar dışında kalan ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 1. maddesinde belirtilen hâkimler ve savcılar ile askerler gibi özel personel kanunları ve düzeni bulunan görevliler, sözleşmeli personel ve geçici personel diğer kamu görevlisi kapsamındadır. Buna karşın asli ve sürekli kamu hizmeti yürütmeyen ve özel hukuk hükümlerine tabi olan işçilerin bu kavramın dışında bırakılması gerekir.⁴

B. Memur Kavramı

Memur kavramının genel kabul görmüş bir tanımı yoktur. Yapılan tanımlar aynı ülkede bile değişebilmektedir.⁵ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu dört tür kamu görevlisi öngörmüştür. Kanun bunlardan ilkini memur olarak adlandırmıştır (m. 4). Buna göre:

“Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu kanunun uygulanmasında memur sayılır.”

Dolayısıyla memur, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttüğü asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilen ve kendisine DMK hükümlerinin uygulandığı görevlilerdir.⁶

1982 Anayasasında ise memur: *“Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.”*

Bu madde, 1961 Anayasasının düzenlemesine paraleldir ama aynen tekrarı değildir. Çünkü 1961 Anayasası sadece “memurlar” kelimesini kullanmış, ayrıca kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları mensupları ile kamu iktisadi teşebbüslerinin yönetim ve denetim işlerinde çalışanlar ve işçi niteliği taşımayan kamu hizmetlilerine de değinmiştir.⁷

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, memur tanımı yerine daha geniş bir kavram olan “kamu görevlisi” tanımını yapmıştır. Buna göre; kamu görevlisi, kamusal faaliyetlerin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli veya geçici olarak katılan kişidir (TCK, m. 6/c). Yani, kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için yegâne ölçüt, bir kamusal faaliyet olmasıdır.

⁴ AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Y. , Ankara, 2009, s. 547.

⁵ SANCAKDAR, Oğuz, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s.3-4.

⁶ DERDİMAN, Cengiz, *İdare Hukuku*, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, Temmuz 2010, s. 410.

⁷ YAYLA, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Y. , İstanbul, Eylül 2009, s. 272.

ONAR' a göre ise, memur kavramının genel ve müşterek iki esaslı unsuru vardır:

1. Memur kendisine bir *kamu hizmeti* tevdi edilen kimsedir.

2. Memur idarenin *daimi, sabit ve normal kamu hizmetleri kadrosuna* girmiş ve bu kadronun *dereceleri içinde kaynaşmış* olan kimsedir.⁸

II. KAMU GÖREVLİSİ TÜRLERİ

A. Memurlar

Mevcut kuruluş biçimine bakmadan, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevlendirilenler, Devlet Memurları Kanununun uygulanmasında memur sayılır. Ayrıca, kurumlarda genel politikanın saptanması, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur kabul edilir (DMK, m.4/A).

B. Diğer Kamu Görevlileri

1. Sözleşmeli Personel

Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işbirliği için lüzumlu olan, zaruri ve istisnai durumlarla sınırlı olmak üzere, özel bir mesleki bilgi ve uzmanlık gerektiren geçici işlerde çalışan kamu hizmeti görevlileridir.⁹

2. Geçici Personel

Devlet Memurları kanunu madde 4/C' ye göre geçici personel, *“bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Dairesinin ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir”*.

Görüldüğü üzere Türkiye’de kamu görevlileri, “memurlar” ve “diğer kamu görevlileri” olarak ikiye ayrılmaktadır. Anayasamızda bunların tanımı bulunmaktadır. Devlet Memurları Kanununda da bunların tanımları mevcuttur. Ancak DMK’ da yapılan tanımlar memurlar ile sözleşmeli personeli birbirinden ayırmaya her zaman yetmemektedir.¹⁰

⁸ ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitapevi Y. , C. 1, İstanbul, 1960, s. 812.

⁹ AKGÜNER, Tayfun, *Kamu Personel Yönetimi*, Der Y. , İstanbul, 1988, s. 20.

¹⁰ GÖZLER, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitapevi Y. , Bursa, 2006, s. 606.

III. DİSİPLİN HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ

Disiplin hukukunun esasını oluşturan, her disiplin soruşturmasında temel alınması gereken ve bu temel ilkelere uyulmadığı zaman o soruşturmanın hukukiliğine zarar veren esaslar mevcuttur.

A. Disiplin Suçlarında Savunma Hakkı

Savunma hakkının kutsallığı, disiplin hukukunda, ceza muhakemesi ve hukuk muhakemesi gibi önemlidir. Nitekim kanun koyucu da, idari bir kovuşturma neticesinde verilen disiplin cezalarında, savunma hakkını anayasal güvence altına almıştır.¹¹

Anayasamızın 129. maddesinin 2. fıkrasına göre: “Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.”

Anayasadaki bu düzenlemeye paralel olarak Devlet Memurluğu Kanunu’nda benzer bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu kanunun 130. maddesine göre: “Devlet Memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez. Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur savunma hakkından vazgeçmiş sayılır.”

Danıştay vermiş olduğu birçok kararda, bu ilkenin uygulanmasının soruşturmanın hukukiliği açısından ne kadar önemli olduğunu gösteren neticelere varmıştır:

“(…) Olay hakkında Görevden Çıkarma cezası önerilen davacı(ya)... savunma hakkının tanınmadığı görülmektedir. Görevden Çıkarma Cezası sonucu itibarıyla çok ağır bir ceza olduğundan, Yüksek Disiplin Kurulunca ayrıca savunma alınmadan, davacının anılan ceza ile cezalandırılmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”¹²

Savunma hakkının, bu kadar önemli olduğu belirtildikten sonra uygulamada bu hakkın ne zaman ve nasıl kullanılacağı çeşitli problemlere yol açmış, Danıştay vermiş olduğu bazı kararlarında memura disiplin soruşturması açılmadan, doğrudan disiplin amirince savunması alınarak disiplin cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunduğu hükmederken bazı kararlarında ise savunma istenilmesini disiplin soruşturmasında ayrı bir işlem saymaya olanak bulunmadığı, disiplin amirince savunma istenmesinin soruşturmanın yapılması anlamına geldiği sonucuna ulaşmıştır:

“(…) Anılan yasa maddesinde soruşturmanın; memurun savunma hakkını kullanması için usulüne uygun bir bildirimin yapılması ile başladığı

¹¹ ORHAN, Gökhan, Türkiye ‘de Memur Disiplin Suç ve Cezalarının Uygulanması, Yüksek Lisan Tezi, Muğla Üniversitesi S. B. E. , s. 12.

¹² Danıştay 8. Daire E. 1996/394, K:1997/1325, ve 14.04.1997 g. , Aktaran, ÜNLÜ, Ahmet Hamdi, En Son Değişikliklerle İçtihatlı Devlet Memurları Kanunu, Tüze Yayıncılık, Ankara, 1998, s.823-24

görülmektedir. Başka bir anlatımla, savunma istenilmesini disiplin soruşturmasından ayrı bir işlem saymaya olanak yoktur. Bu nedenle disiplin amirince savunma istenilmesi soruşturmanın yapılması anlamına gelmektedir... Bu durumda davacının üzerine atılı disiplin suçunu işlediği ve savunmasının da alındığı gözetilmeden, disiplin soruşturmasının açılmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”¹³

B. “Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz” Kuralının Disiplin Hukukunda Uygulanışı

Kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralının uygulanışı, disiplin hukukunda bu kuruma uyum sağladığı ölçüde ve gerektirdiği şekilde olmaktadır. Disiplin hukuku kamu hukukunun bir dalı olsa da bu kuralın uygulanışının disiplin hukukunda beklenen faydayı sağlayabilmesi için varmak istediği amaçlarla uyum içinde olması gerekir.¹⁴

1. Kanunilik İlkesi

“Kanunsuz suç olmaz” kuralı gereğince kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimse cezalandırılmayacağı gibi, kanunun açıkça cezayı arttırıcı saymadığı bir sebepten dolayı da kimsenin cezası arttırılamaz: “Kanunsuz ceza olmaz” kuralı gereğince ise, hiç kimse suç için kanunun öngörmediği bir ceza ile veya öngörülen cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaz. Evrensel bir nitelik taşıyan bu kural Türk Ceza Kanunu (TCK)’nın 2. maddesinde de “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz” şeklinde yer almıştır. 1982 Anayasasının “suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddesinde ise suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanması konusundaki ilkeler birlikte düzenlenmiştir. Bu ilke ile, birey ile devlet arasındaki ilişkide, devletin bireye karşı keyfi şekilde davranmasının önlenmesi amaçlanmıştır.¹⁵

2. Kanunilik İlkesinin Disiplin Hukukunda Uygulanışında Karşılaşılan Sorunlar

Kanunilik ilkesinin disiplin hukukundaki uygulanışında sorun olarak iki konu ön plana çıkmaktadır. Birincisi disiplinle ilgili konuların yalnızca kanunla düzenlenmesi gerektiği ya da idarenin tüzük, yönetmelik gibi diğer düzenleyici işlemlerle bu alanda düzenleme yapıp yapamayacağıdır. İkincisi ise kanunilik prensibinin uygulanmasında görülen suçun unsurlarının

¹³ Danıştay 8. Dairesi, E. 91/1717, K.92/571, k.t. 30 / 03 / 92,

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

¹⁴ ORHAN, s. 14.

¹⁵ ORHAN, s. 15.

kanunda öngörüldüğü şekilde tam olarak gerçekleşme şartının disiplin suçlarında da katı bir şekilde aranıp aranmayacağı meseleleridir.¹⁶

C. Ceza Muhakemesinin Disiplin Soruşturmasına Etkisi:

Devlet memurları Kanunu madde 125/son'a göre: *“Disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilen genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez.”*

DMK madde 131'e göre de: *“Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin soruşturmasını geciktiremez. Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması hâlleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz.”*

Danıştay 3. Dairesi ceza kovuşturması veya ceza mahkemesi kararının, hiçbir şekilde disiplin kovuşturması ve disiplin cezası uygulamasını etkilemeyecek biçimde uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Danıştay 3. Dairesinin söz konusu kararına göre:

“657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 131. maddesinde; ‘Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin soruşturmasını geciktiremez. Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması hâlleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz’ denilmektedir. Kanun koyucu bu hükümle, ceza kovuşturması ve ceza mahkemesi kararının hiçbir şekilde disiplin kovuşturması ve disiplin cezası uygulanmasını etkilemeyeceğini açıkça öngörmüştür. Nitekim maddenin gerekçesinde de anlam itibarıyla aynı ifadeler tekrarlandıktan sonra “... Çünkü yukarıda belirtildiği gibi arada temel mahiyet farkı vardır.” denilmek suretiyle kanun koyucunun temel mahiyet farkından dolayı ceza kovuşturması ve ceza mahkemesi kararının, disiplin cezası uygulamasını etkilemeyeceğini belirtmiş bulunmaktadır. Gerçekten ceza uygulaması ile disiplin uygulaması arasında amaç, kapsam, usul ve sonuçları bakımından temel nitelik farkları mevcuttur. İşte bu sebeptir ki kanun koyucu ceza uygulaması ile disiplin uygulamasını iki ayrı ve farklı alan olarak görmekte ve bunların birbirini etkilemesini önleyici nitelikteki bir düzenlemeye yer vermektedir.

Her ne kadar ceza hâkiminin fiilin meydana gelmediğine veya maddi olaylara dayanarak fiil ile memur arasında bir ilişki bulunmadığına karar vermesine rağmen memur hakkında disiplin cezası uygulanması, kesin hüküm ilkesi ile bağdaştırılmaz ise de, disiplin cezası verecek amir ve kuralların bu hususu göz önünde tutması ve disiplin cezasının yargı denetimi sırasında kesin hüküm ilkesinin idari yargı yerince değerlendirilmesi doğaldır.”¹⁷

Disiplin kovuşturması ceza yargılamasından bağımsız olup; disiplin cezası verilmesi gereken eylemler sebebiyle ceza kovuşturmasına başlanmış olması,

¹⁶ ORHAN, s. 16.

¹⁷ Danıştay 3. Dairesi, E. 1979/187, K. 1979/253, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/282/2575.pdf>

aynı fiillerden dolayı disiplin soruşturmasının yapılmasını engellemez. Bu sebeple de başlanmış olan disiplin soruşturmasının durdurulması gerekmez. Disiplin soruşturması kendi yöntemi içinde devam eder ve disiplin cezası verilmesi için belirlenen zamanaşımı içinde sonuçlandırılır. Ancak disiplin soruşturmasının ceza yargılamasını beklememe ilkesi çeşitli problemler çıkarabilmektedir. Mesela, disiplin soruşturması sonuçlanıp disiplin cezası verildikten sonra, ceza mahkemesinden, maddi unsurun oluşmadığı, fiilin başka bir kişi tarafından gerçekleştirildiği veya olayda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu gerekçesiyle beraat kararı verilmesi durumunda kararın etkisi ne olacaktır?¹⁸

1. Sanığın Beraatına İlişkin Mahkeme Kararları

Kural olarak mahkemede aklanan bir memura disiplin cezası verilmesi mümkündür. Danıştay bir kararında, kendisine atılı suçtan ceza mahkemesinde aklanan kişiye aynı eylemden dolayı disiplin cezası verilmesini hukuka uygun bulmuştur. Bu durumda, mahkemenin suçsuz bulduğu bir kimseye disiplin cezası verilmesine herhangi bir mani yoktur.¹⁹

Suç teşkil eden bir fiil nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanan bir kişi hakkında dört nedenden dolayı beraat kararı verilebilir:

a. Eylemin Hiç İşlenmediğine İlişkin Karar

Bu durumda sanık olan memura isnat edilen fiil suçtur. Ancak mahkemece yapılan ceza muhakemesinde sanığa isnat edilen eylemin hiç işlenmediğine karar verilirse idare bu kararla bağlıdır. İdare, fiilin sanık tarafından işlendiğine kanaat getirerek disiplin cezası veremez.

Başka bir deyişle, eylemin meydana gelmediğine ilişkin mahkeme kararı idareyi bağlayacağından idare artık o eylem nedeniyle personel hakkında disiplin cezası veremez. Zira aynı maddi olay hakkında birbirine zıt iki karar olamaz ve eğer böyle bir karar varsa yargı mercilerince maddi olay hakkında verilmiş olan karar kesin hüküm teşkil edeceğinden ceza mahkemesinin kararına üstünlük tanınır.²⁰

b. Eylemin Suç Teşkil Etmediğine İlişkin Karar

Bu durumda ise sanık olan memura suç olarak isnat edilen fiil aslında adli açıdan suç değildir. Mesela, eylem hukuki uyuşmazlıktır veya unsurları yönünden suç meydana gelmemiştir. Ceza yargılaması sonucunda verilen beraat kararı suçun unsurları oluşmadığı gerekçesiyle verilmişse mahkemenin söz konusu kararı disiplin cezası yönünden bağlayıcı olur. Ama bu durumda disiplin suçu teşkil eden eylemin aynı zamanda adli bir suçu oluşturması gerekir.

Danıştay da, kesinleşen karar sonucu beraat eden davacının zimmet suçu işlemesi nedeniyle işten çıkarılmasını uygun bulmamış ve iptal talebini

¹⁸ TAŞKIN, Ahmet, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, Seçkin Y. , Ankara, 2006, s. 131-132.

¹⁹ TAŞKIN, s. 132.

²⁰ TAŞKIN, s. 133.

reddeden ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Buna göre; “Olayda davacı üzerine atılı suç, aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliğindedir. Bir kamu görevlisinin, üzerine atılı disiplin suçu, ceza yasasına göre de suç niteliğinde ise ceza yargılaması sonucunda suçun unsurlarının oluşmadığı ya da suçun o kişi tarafından işlenmediği mahkeme kararlarıyla saptanmışsa, böyle bir ceza mahkemesi kararının disiplin hukuku yönünden bağlayıcı olacağı açık bulunmaktadır” sonucuna varmıştır.²¹

Ceza mahkemesinin kararı, kamu görevlisine isnat edilen suça ilişkin olayın personel hukukuna göre, başka taraflardan değerlendirilmesine, imkân tanıdığı takdirde başka bir disiplin suçu nedeniyle ceza verilmesini engellemez. Mesela sahte fatura düzenleyerek veya sahte olduğunu bildiği faturayı kullanarak vergi iadesinden yararlanan kamu görevlisi adli yargıdan beraat etmesine rağmen disiplin cezasına çarptırılabilir.²² Danıştay bir kararında; “Merkez Bankası’nda çalışan davacının bankaya ilişkin olmasa da gerçeğe aykırı belge düzenleyerek kendisine yarar sağlaması hafife alınamayacak ve kabul edilemeyecek bir davranıştır”²³ gerekçesiyle disiplin cezası verilmesini hukuka uygun bulmuştur.

c. Eylemin Sanıkça İşlenmediğine İlişkin Karar

Eğer ceza mahkemesi tarafından disiplin suçu sayılan bir eylemin sanık tarafından işlenmediğine kanaat getirilir ve beraat kararı verilirse, bu karar disiplin cezası verme yetkisine sahip olan idareyi bağlar. Artık idarenin, o kimse hakkında disiplin kovuşturması yapması ve disiplin cezası vermesi mümkün değildir.²⁴

Ceza mahkemesi sanığa isnat edilen fiilin memur tarafından işlendiğine kanaat getirerek beraat kararı vermişse, idari makam aynı eylemin memur tarafından işlendiğine kanaat getirerek disiplin cezası veremez. Yargı makamlarınca maddi olay hakkında verilmiş olan karar kesin hüküm teşkil edeceğinden artık disiplin komisyonları gibi idari makamlar tarafından bu kesin hükme uyma zorunluluğu vardır.²⁵

d. Mahkûmiyete Yeter Delil Olmadığına İlişkin Karar

Ceza mahkemesinde yargılanan memurun fiili suç ve işlenmiş olmakla beraber o kişi tarafından işlendiğine ilişkin mahkûmiyete yeter delil bulunmayabilir. Ceza mahkemesi tarafından verilen delil yetersizliğine dayalı

²¹ Danıştay 10. Dairesi, 30. 5. 1990 T. , E. 1990/1731, K. 1990/1248, DD, S. 81, s. 349, <http://www.hukukms.gazi.edu.tr/srehber/bolum2acik.doc>

²² TAŞKIN, s. 134.

²³ Danıştay 8. Dairesi, 25. 11. 1993 T. , E. 1993/1901, K. 1993/3855; DD, S. 90, s. 874, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

²⁴ Danıştay 3. Dairesi, 30. 3. 1979 T. , E. 1979/187, K. 1979/253; DD, S. 36-37, s. 110-112, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

²⁵ ONAR, C. II, s. 1190.

beraat kararı, işlendiği sabit olan fiilin disiplin yönünden ele alınmasını ve yetkili merciler tarafından disiplin cezası verilmesine engel olmaz.

Delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararının disiplin soruşturması açısından mutlak bir bağlayıcılığı yoktur. Bu da gayet normaldir. Çünkü delil yetersizliği sebebiyle verilen beraat kararları Danıştay 'ın ifadesi ile "tam aklanma niteliği taşımamaktadır".²⁶

e. Eylemin Hukuka Uygun Olduğuna İlişkin Karar

Ceza mahkemesinde yargılanan memurun eyleminde hukuka uygunluk sebepleri bulunduğundan dolayı beraat kararı verilmişse, o fiile disiplin cezası verilmez.²⁷ Hukuka uygunluk sebepleri, fiil tipik olmasına rağmen, hukuka uygun olması bakımından failin cezalandırılmasını engeller. Hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde faile ceza verilemeyeceği gibi, fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanması da olası değildir.²⁸ Hukuka uygunluk sebepleri çok defa hukuk tarafından tanınan bir yetkiye dayanır²⁹ ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukukten meşru sayılan bir hareket haline getirirler.³⁰

Hukuka aykırılık unsuru, disiplin suçları içinde geçerlidir. Hukuk düzeninde hukuka uygun görülen memur fiilleri disiplin suçu oluşturmazlar. Disiplin suçları açısından hukuka uygunluk sebeplerinin başında "kanunsuz "emir" gelir.³¹

Anayasa madde 137'ye göre: *"Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve surette çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun, veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmeyiz ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz."*

Buna paralel şekilde, DMK'nın 11. maddesine göre: *"Devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslarına uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri, yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar. Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmeyiz ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, memur bu emri yapmaya mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez;*

²⁶ ASLAN, Zehreddin, s. 36. , Aktaran, TAŞKIN, s. 135.

²⁷ KARAHANOGULLARI, Onur, Aktaran, TAŞKIN, s. 135.

²⁸ HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Y. , Ankara, 2009, s. 223- 224.

²⁹ TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Savaş Y. , Ankara, 2001, s. 65.

³⁰ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhankitabevi Y. , Ankara, 2007, s. 58.

³¹ LİVANELİOĞLU, Ömer Asım, Memur Disiplin Hukuku, THEY, 2. B, Ankara, 2003, s. 35.

yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”

2. Sanığın Mahkûmiyetine İlişkin Mahkeme Kararları

Ceza mahkemesi, aynı zamanda disiplin suçu da sayılan bir fiilin, hakkında ceza davası açılan kişi tarafından işlendiğine karar verirse, bu karar disiplin soruşturmasını etkiler. Artık, idarenin fiilin o kişi tarafından işlendiğine karar veremez. Bu durumda şartlar varsa disiplin soruşturmasının yapılması ve disiplin cezasının verilmesi gerekir.³²

IV. DİSİPLİN CEZASI TÜRLERİ

Memurların birlikte bulunmasının ve düzenli olarak çalışmasının sağlanabilmesi için uygulanan müeyyidelerden birisi de disiplin cezalarıdır. Bir kurumda çalışan memurların, kurumun düzenini bozucu davranışlarına karşı uygulanan yaptırımlara kısaca, disiplin cezası adı verilir.³³ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu disiplin suçu oluşturan davranışlar ile bu davranışlara uygulanacak yaptırımları sayarak belirtmiştir. Buna göre: *“uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma olarak beş tür disiplin cezası öngörmüştür.”*

A. Uyarma Cezası

Uyarma, memura görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir.

Örneğin; özürsüz ve izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terk etmek, Kurumca belirlenen tasarruf tedbirlerine uymamak, Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak, belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak, görevine veya iş sahiplerine karşı ilgisiz kalmak vs. (DMK, m. 125/A).

B. Kınama Cezası

Kınama, memura görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesidir.

Mesela; eşlerin, reşit olmayan veya mahcur olan çocukların kazanç getiren sürekli faaliyetlerini belirlenen süre içinde kuruma bildirmemek, görev sırasında amire hal ve hareket ile saygısız davranmak, hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak, Devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzeri eşyayı kaybetmek, iş arkadaşlarına ve iş sahiplerine söz veya hareketle sataşmak, verilen emirlere itiraz etmek vs. (DMK, m. 125/B).

C. Aylıktan Kesme Cezası

³² Danıştay 3. Dairesi, 30. 03. 1979 T. , E. 1979/187, K. 1979/253; DD, S. 36-37, s. 110-112, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

³³ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, C.I, Turhan Kitabevi Y. , Ankara, 2010, s. 1016.

Aylıktan kesme, memurun brüt aylığından 1/30-1/8 arasında kesinti yapılmasıdır. Özürsüz olarak bir veya iki gün işe gelmemek, Devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzerlerini özel menfaat sağlamak için kullanmak, ikamet ettiği ilin sınırlarını izinsiz terk etmek, toplu müracatta ve şikâyetle bulunmak, yasaklanmış her türlü yayını görev mahallinde bulundurmak gibi davranışlar aylıktan kesme cezası ile cezalandırılır (DMK, m. 125/C).

D. Kademe İlerlemesinin Durdurulması

Kademe ilerlemesinin durdurulması, memurun bulunduğu kademe ilerlemesinin 1-3 yıl durdurulmasıdır.

Göreve sarhoş gelmek veya görev yerinde alkollü içki içmek, özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek, göreviyle ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun çıkar sağlamak, gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek, ticaret yapmak veya Devlet memuruna yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak, belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak, açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak, herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak, görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak gibi davranışlar kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılır (DMK, m. 125/D).

E. Devlet Memurluğundan Çıkarma

Devlet memurluğundan çıkarma, bir daha Devlet memurluğuna alınmamak üzere memurluktan çıkarmaktır. Siyasi partiye girmek, özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek, amirine ve maiyetindekilere fiili tecavüzde bulunmak, yetki almadan gizli belgeleri açıklamak, yurtdışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak gibi davranışlar ise memurluktan çıkarma cezası ile cezalandırılır (DMK, m. 125/E).³⁴ Bu disiplin cezasını, aşağıda daha da ayrıntılı inceleyeceğiz.

V. DEVLET MEMURLUĞUNDAN ÇIKARMA

A. Kavram

Devlet memurluğundan çıkarma, bir daha devlet memurluğuna atanmamak üzere memuriyetten çıkarmaktır. Atamaya yetkili amirin isteği ve yüksek disiplin kurulunun kararı ile uygulanabilen en ağır disiplin cezasıdır.³⁵

³⁴ GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yay. , Ankara, 2004, s. 561-562.

³⁵ KARADUMAN, Mehmet, *Memur Muhakemesi Hukuku ve Memur Suçları*, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Yayını, Ankara, 1980, s. 85.

B. Memuriyetten Çıkarma Sebepleri

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 125/E 'ye göre Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

a. İdeolojik veya siyasal amaçlarla kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, engel, engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak,

b. Yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant veya benzerlerini basmak, çoğaltmak veya dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek,

c. Siyasi partiye girmek,

d. Özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek,

e. Savaş, olağanüstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerin verdiği görev veya emirleri yapmamak,

f. Amirine veya maiyetindekilere fiili tecavüzde bulunmak,

g. Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak,

h. Yetki almadan gizli bilgileri açıklamak,

i. Siyasi ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek,

j. Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak,

k. 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanuna aykırı fiilleri işlemek.³⁶

Disiplin kovuşturmasının yapılması, eylemin Türk Ceza Kanununun kapsamına girmesi durumunda, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması yapılmasına mani değildir.³⁷

C. Yetkili Kurul

• DMK madde 126 'ya göre, "Devlet memurluğundan çıkarma cezası amirlerin bu yoldaki isteği üzerine, memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kurulu kararı ile verilir. Disiplin kurulu ve yüksek disiplin kurulunun ayrı bir ceza bir ceza tayinine yetkisi yoktur, cezayı kabul veya reddeder. Ret halinde atamaya yetkili amirler 15 gün içinde başka bir disiplin cezası vermekte serbesttirler. Özel kanunların disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullarla ilgili hükümleri saklıdır."

³⁶ PINAR, İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, Seçkin Y. , 8. Baskı, Ankara, Ağustos 2001, s. 906.

³⁷ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s. 727.

- Yüksek disiplin kurulları kendilerine intikal eden dosyaların incelenmesinde, gerekli gördükleri takdirde, ilgilinin sicil dosyasını ve her nevi evrakı incelemeye, ilgili kurumlardan bilgi almaya, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye veya niyabeten dinletmeye, mahallen keşif yapmaya veya yaptırmaya yetkilidirler (DMK, m. 129/1).

- Hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, sicil dosyası hariç soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir (DMK, m. 129/2).

D. Zamanaşımı

- Memurluktan çıkarma cezasında 6 ay içinde disiplin kovuşturması başlanmadığı veya disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren nihayet iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde, ceza verme yetkisi zamanaşımına uğrar (DMK. m. 127).

- Memurluktan çıkarma cezası için disiplin amirleri tarafından yaptırılan soruşturmaya ait dosya, memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kuruluna tevdiinden itibaren azami 6 ay içinde bu kurulca, karara bağlanır (DMK, m. 130).

E. Savunma Hakkı

- Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez (Any. m. 129/2).

- Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez. Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır (DMK, m. 130).

F. Uygulama

- Verilen disiplin cezaları sicil amirine, Devlet memurluğundan çıkarma cezası ayrıca Devlet Personel Başkanlığına bildirilir (DMK. m. 132/3). Diğer disiplin cezalarından farklı olarak Devlet memurluğundan çıkarma cezası sicilden silinmez.

- Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir (DMK, m. 135).

- Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz (Any 129/3).

SONUÇ

Bu çalışmanın ana amacı, “devlet memurluğundan çıkarma” konusunu incelemektir. Bu çerçevede öncelikle birinci bölümde “kamu görevlisi” kavramına ve “kamu görevlisi türleri”ne değindik. İkinci bölümde “disiplin

hukukunun genel ilkeleri”ni, üçüncü bölümde “*disiplin cezası türleri*”ni, dördüncü bölümde ise “*devlet memurluğundan çıkarma cezası*”nı inceledik.

Anayasanın 129. maddesinin 2. fıkrasına göre: “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.*” 657 sayılı Devlet Memurluğu Kanunu m. 130 ‘a göre ise: “*Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez.*” Dolayısıyla, bir memurun savunmasının alınmadan disiplin cezasına çarptırılması hukuka aykırıdır.

Disiplin soruşturmasına başlamak ve sonuçlandırmak için ceza kovuşturmasının sonucunun beklenmesi gerekmez. Çünkü 657 sayılı DMK m. 131 ‘e göre: “*Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez.*”

Ceza Kanununa göre mâhkûm olması veya olmaması halleri ayrıca disiplin cezasını uygulanmasına engel olmaz. Çünkü 657 sayılı DMK m. 131 ‘e göre: “*Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz.*”

Ceza mahkemesi kararları, disiplin hukuku yönünden bazı durumlarda bağlayıcı nitelik taşır. Ceza mahkemesi, eylemin hiç işlenmediğine ilişkin bir karar vermesi durumunda, sanık olan memura isnat edilen fiil suçtur. Ancak mahkemece yapılan ceza muhakemesinde sanığa isnat edilen eylemin hiç işlenmediğine karar verilirse idare bu kararla bağlıdır. Eylemin suç teşkil etmediğine ilişkin bir karar söz konusu ise, bu durumda sanık olan memura suç olarak isnat edilen fiil aslında adli açıdan suç değildir. Ancak, ceza yargılaması sonucunda verilen beraat kararı suçun unsurları oluşmadığı gerekçesiyle verilmişse mahkemenin söz konusu kararı disiplin cezası yönünden bağlayıcı olur. Ceza mahkemesi, aynı zamanda disiplin suçu sayılan bir fiilin sanık tarafından işlenmediğine kanaat getirir ve beraat kararı verirse, bu karar disiplin cezası verme yetkisine sahip olan idareyi bağlar. Ceza mahkemesinde yargılanan memurun eylemi suç ve işlenmiş olmakla beraber o kişi tarafından işlendiğine ilişkin mahkûmiyete yeter delil bulunmayabilir. Delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararının disiplin soruşturması açısından mutlak bağlayıcılığı yoktur. Ceza mahkemesinde yargılanan memurun eyleminde hukuka uygunluk nedenleri bulunduğu için beraat kararı verilmişse, o fiile disiplin cezası verilmez.

Son olarak, ceza mahkemesi, aynı zamanda disiplin suçu da sayılan bir fiilin, hakkında ceza davası açılan kişi tarafından işlendiğine karar verirse, bu karar disiplin soruşturmasını etkiler. Artık, idarenin eylemin o kişi tarafından işlenmediğine karar vermesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- AKGÜNER, Tayfun**, *Kamu Personel Yönetimi*, Der Y. , İstanbul, 1988.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA**, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Y. , Ankara, 2009.
- ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, *Ceza Hukuku Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhankitabevi Y. , Ankara, 2007.
- DERDİMAN, Cengiz**, *İdare Hukuku*, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2010.
- GİRİTLİ, İsmet; BİLGİN, Pertev; AĞGÜNER, Tayfun**, *İdare Hukuku*, Der Y. , İstanbul, 2008.
- GÖZLER, Kemal**, *İdare Hukuku*, C. II, Ekin Y. , Bursa, 2009.
- GÖZLER, Kemal**, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi Y. , Bursa, , 2006.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref**, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi Y. , Ankara, 2008.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; TAN, Turgut**, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi Y. , C. I, Ankara, 2010.
- GÜNDAĞ, Metin**, *İdare Hukuku*, İmaj Yay. , Ankara, 2004.
- HAKERİ, Hakan**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Y. , Ankara, 2009.
- KARADUMAN, Mehmet**, *Memur Muhakemesi Hukuku ve Memur Suçları*, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Yayını, Ankara, 1980.
- LİVANELİOĞLU, Ömer Asım**, *Memur Disiplin Hukuku*, THEY, B: 2, Ankara, 2003.
- ONAR, Sıddık Sami**, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitapevi Y. , C. I, İstanbul, 1960.
- ONAR, S. S. ,** *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, Hak Kitapevi Y. , İstanbul, 1966.
- ORHAN, Gökhan**, *Türkiye 'de Memur Disiplin Suç ve Cezalarının Uygulanması*, Yüksek Lisan Tezi, Muğla Üniversitesi S. B. E.
- PINAR, İbrahim**, *Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat*, Seçkin Y. , 8. Baskı, Ankara, 2001.
- SANCAKDAR, Oğuz**, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- TAŞKIN, Ahmet**, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, Seçkin Y. , Ankara 2006.
- TOROSLU, Nevzat**, *Ceza Hukuku*, Savaş Y. , Ankara, 2001.
- ÜNLÜ, Ahmet Hamdi**, *En Son Değişikliklerle İçtihatlı Devlet Memurları Kanunu*, Tüze Yayıncılık, Ankara, 1998.
- YAYLA, Yıldızhan**, *İdare Hukuku*, Beta Y. , İstanbul, 2009.

YARGI KARARLARI

- Danıştay 3. Dairesi**, E. 1979/187, K. 1979/253.
- Danıştay 3. Dairesi**, 30. 3. 1979 T. , E. 1979/187, K. 1979/253; DD, S. 36-37.
- Danıştay 8. Dairesi**, 25. 11. 1993 T. , E. 1993/1901, K. 1993/3855; DD, S. 90.
- Danıştay 8. Dairesi**, E. 1996/394, K:1997/1325 ve 14.04.1997.
- Danıştay 8. Dairesi**, E. 91/1717, K.92/571, k.t. 30 / 03 / 92.
- Danıştay 10. Dairesi**, 30. 5. 1990 T. , E. 1990/1731, K. 1990/1248, DD, S. 81.

İNTERNET KAYNAKLARI

- <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>
- <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/282/2575.pdf>
- <http://www.hukukms.gazi.edu.tr/srehber/bolum2acik.doc>

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

MURİS MUVAZAASI • ÖLEN KİŞİNİN İSTEK VE İRADESİ ARAŞTIRMA YÖNTEMİ

ÖZET: Muris muvazaası iddialarında, miras bırakanın ölümünden önce yaptığı tüm temlikler birlikte incelenerek, gerçek maksadın ne olduğu araştırılmalıdır.

YHGK E: 2007/1-44 K: 2007/31 T: 24.01.2007

Taraflar arasındaki "tapu iptali ve tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 15.12.2005 gün ve 2004/675 E- 672 K. sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 20.04.2006 gün ve 2006/2837-4501 sayılı ilamı ile; (...Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; miras bırakanın 8507 ada 2 ve 3 parsel sayılı taşınmazlarını ölümünden kısa bir süre önce 6.6.2003 tarihli akitle davalı oğluna satış yoluyla temlik ettiği görülmektedir.

Davacılar, anılan işlemin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürmüşler, aynı amaç doğrultusunda başka kişilere de taşınmaz temlik ettiğini, bunların dava konusu olduğunu belirtmişlerdir. Ancak mahkemece söz konusu temlikler üzerinde yeterince durulmamıştır.

Bilindiği üzere; uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibarıyla nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu Muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 1-4-1974 tarih 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni

Kanun'un 706, Borçlar Kanunu'nun 213 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çığneden tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespiti ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtmek gerekir ki bu tür uyumsuzlukların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun içinde ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Somut olaya gelince, miras bırakanın dava dışı kişilere yaptığı temliklerle ilgili dava dosyalarının getirtilip incelenmesi, yaptığı temliklerin bir bütün halinde değerlendirilmesi ve bu suretle gerçek irade ve amacının saptanmaya çalışılması, ondan sonra bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm kurulmuş olması doğru değildir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar 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 davalının 06.12.2004 tarihli cevap dilekçesinde ve 03.01.2005 tarihli delillerini bildirdiği dilekçesinde davalının son 30 yıldır taşınmazlarını sattığı belirtilmiş olmasına rağmen, bu satışlar Tapu Sicil Müdürlüğünden araştırılmadan eksik inceleme ile karar verildiğine 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, 24.01.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

SİGORTALILIĞIN TESPİTİ • KAMU KURUMU KAYITLARININ DELİL OLARAK DEĞERİ

ÖZET: Kamu kuruluşlarında çalışanların kayıtlara geçirilmesi ve ücret ödemelerinin belgelere dayanması asıldır.

PTT Genel Müdürlüğüne ait hat inşaat işyeri dosyasındaki belgelerden davacı işçinin 1977 senesinde işçi olarak çalıştığı ve 5 günlük prim ödemesi de yapıldığı anlaşılmaktadır.

Artık bu noktada; hizmet tespiti veya sigortalılığın başlangıcının tespiti davalarında uygulanan klasik yöntemle başvurularak daha derin bir araştırma yapılması fazla olacaktır. Mevcut kanıtlara göre işçinin çalışma iddiasını ispatladığı kabul edilmelidir.

YHGK E: 2007/22-552 K: 2007/559 T: 18.07.2007

Taraflar arasındaki "hizmet tespiti" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin İş Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 25.11.2005 gün ve 1174 1105 sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 19.12.2006 gün ve 4675 - 15812 sayılı ilamıyla; (...Davacı, davalı işverene ait işyerinde 27.7.1977 tarihinde işe başladığından 1 günlük hizmetinin tespitini istemiştir.

Mahkemece, davacının davalıya ait işyerinde 27.7.1977 tarihi itibarıyla bir gün süreyle sigortalı olarak çalıştığının tesbitine, diğer hizmetleri ile birleştirilmesine, sigortalı gösterilen kısımların dışlanmasına karar verilmiş ise de; bu sonuç eksik incelemeye dayalı olup usul ve yasaya aykırıdır.

Davacıya ait 01.09.1990 tarihli işe giriş bildirgesinin davalı Kuruma süresi içerisinde verildiğine dair uyumsuzluk bulunmamaktadır. Uyumsuzluk, somut olayda fiili çalışma olgusunun yöntemince kanıtlanmış olup olmadığı, mahkemece bu yönde yapılan inceleme ve araştırmanın hükme yeterli bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Gerçekten; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası'nın 2 ve 6. maddelerinde açıkça belirtildiği üzere, sigortalılığın oluşumu yönünden çalışma olgusunun varlığı zorunludur. Eylemli veya gerçek biçimde çalışmanın varlığı saptanmadıkça, hizmet akdine dayanılarak dahi sigortalılıktan söz edilemez. Fiili veya gerçek çalışmayı ortaya koyacak belgeler, işe giriş bildirgesiyle birlikte 506 Sayılı Yasa'nın 79. maddesinde belirtilen sigortalının gün sayısını, kazanç durumunu, çalışma tarihleriyle birlikte ortaya koyan aylık sigorta gün bilgileri ile Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 17. maddesinde belirtilen 4

aylık prim bordroları gibi Kuruma verilmesi zorunlu belgelerdir. Yöntemince düzenlenip süresi içerisinde Kuruma verilen işe giriş bildirgesi, kişinin işe alınmış olduğunu gösterirse de fiili çalışmanın varlığının ortaya konulması açısından tek başına yeterli kabul edilemez. Sigortalılıktan söz edebilmek için, çalışmanın varlığı, Yargıtay uygulamasında 506 Sayılı Yasa'nın 79/10. maddesine dayalı sigortalılığın tespiti davaları yönünden kabul edilen ilkelere uygun biçimde belirlenmelidir. Zira, sigortalılığın başlangıcına yönelik her dava sigortalılığın tespiti istemini de içerir. Aksine düşünce, özellikle yaşlılık aylığının kabulü için öngörülen sigortalılık süresi yönünden çalışanlar ile çalışmayanlar arasında adaletsiz ve haksız bir durum yaratır. Bu nedenle, işe giriş bildirgesinin verildiği ancak yasal diğer belgelerin bulunmadığı durumlarda çalışma olgusunu ortaya koyabilecek inandırıcı ve yeterli kanıtlar aranmalı, kamu düzenine dayalı bu tür davalarda hakim, görevi gereği doğrudan soruşturmayı genişleterek sigortalılık koşullarının oluşup oluşmadığını belirlemelidir. Bu yön, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.9.1999 gün 1999 / 21 - 510 - 527, 30.6.1999 gün 1999/21-519 555, 5.2.2003 gün 2003/21-35-64, 15.10.2003 gün 2003/21-634-572, 3.11.2004 gün 2004/21-480-579 ve 2004/21-479-578, 10.11.2004 gün 7004/21-538 ve 1,12.2001 gün 2004/21-629 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Somut olaya gelince; mahkemece açıklanan şekilde fiili çalışmanın varlığının yöntemince araştırılmadan sonuca gidildiği ortadadır. Gerçekten ifadesi dayanak alınan tanıklar davacıyla birlikte bu işyerinde çalışan, kayıtlara geçmiş kişilerden olmadığı gibi, aynı çevrede benzer işi yapan başka işverenlerin çalıştırdığı ve bordrolara geçmiş kimselerden de değildir.

Bu bakımdan tanık sözleri çalışma olgusu yönünden somut olgulara dayanmamakta soyut düzeyde kalmaktadır. Giderek, tanık sözlerinin inandırıcı güç ve nitelikte olduğu söylenemez. Ayrıca davacının çalışmasının tespitini istediği 24585.26.02 sicil nolu PTT Merkez Müdürlüğü Çifteler Hanköy hat İnşaatı isimli işyerinin 1977 yılı 3. dönemine ait bordrolarının vermediği kurumca bildirilmiş, Çifteler PTT Merkez Müdürlüğünce 1977 yılı 3. dönem bordrosunun kuruma gönderildiği ve ilgili dönemde davacı ile birlikte başkaca çalışanlarında olduğu görülmektedir.

Yapılacak iş, 27.7.1977 tarihli bildirgenin verildiği tarihte davacı ile aynı işyerinde çalışan ve Çifteler PTT Merkez Müdürlüğünden gelen 1977 yılı 3. dönem bordrosunda isimleri geçen çalışanların çalışmanın niteliği ile gerçek bir çalışma olup olmadığı yönünde yöntemince beyanlarını almak, gerçek çalışma olgusunu somut ve inandırıcı bilgilere dayalı şekilde 506 Sayılı Yasa'nın 2, 6. 9 ve 79/8. maddeleri gereğince kanıtladıktan sonra sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda dircnılmıştır.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, sonuç itibarıyla 27.07.1977 tarihi ile bir gün sigortalı hizmetin tespiti, diğer bir ifadeyle sigortalılık başlangıcının tespiti istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, istemin kabulüne dair verilen karar, Yüksek Dairece yukarıda yazılı gerekçelerle bozulmuş, yerel mahkemece önceki hükümde direnilmiştir.

Yüksek Dairenin bozma kararının üçüncü paragrafında yazılı bulunan (01.09.1990) ifadesinin sehve dayalı olduğu, keza yerel mahkeme direnme kararının, kısa kararı ile gerekçesinde, belgelere ve isteme uygun olarak (27.07.1977) tarihinin tespit edilmiş olmasına karşın hüküm fıkrasında (17.07.1977) tarihinin yazılmış olması, HUMK 80. maddesi uyarınca açık yazım hatası olup, her zaman düzeltilmesi mümkün bulunmaktadır.

İlke olarak, bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için sigortalı işe giriş bildirgesinin varlığı yeterli değildir. Aynı zamanda o kimsenin 506 Sayılı Kanunun 2. maddesinin belirlediği biçimde eylemli olarak çalışması da koşuldur. Bu yön özellikle Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 6. maddesinde ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.05.2007 gün ve 2007/21-306 Esas, 2007/320 sayılı kararında da vurgulanmıştır. Bu bakımdan davacının işyerinde eylemli olarak çalışıp çalışmadığının yöntemince araştırılması gerekir.

Uyuşmazlık, dosya içeriğinde bulunan delillerle, yerel mahkemece yapılan araştırma ve incelemenin hüküm kurmaya yeterli olup olmadığı, çalışma olgusunun kanıtlanıp kanıtlanamadığı noktasında toplanmaktadır.

Sigortalılık için aranan eylemli çalışma olgusu her türlü delille kanıtlanabilir. Burada önemli olan yön, ileri sürülen ya da resen elde edilen delillerle fiili çalışma olgusunun tamamen kanıtlanabilmiş olmasıdır.

Davacının çalışmalarının geçtiğini ileri sürdüğü işyeri bir kamu kuruluşuna aittir. Kamu kuruluşlarında çalışanların kayıtlara geçirilmesi ve ücret ödemelerinin belgelere dayandırılması asıldır.

Davalı işveren, 25.7.1977 tarihinde açılıp, iş bitimi sonucu 20.8.1977 tarihinde kapatılan telefon hat inşaatı işyeri dosyasının incelenmesinden, bahsedilen dönemde SSK'ya verilen üçer aylık bildirgede Y.S. adına 5 günlük prim ödemesinde bulunduğu belirtilmektedir.

Gerçekte, dosyaya ibraz edilen dönem bordrosunda davacı sigortalının 27.07.1977 tarihinden itibaren 5 gün sigortalı olarak çalıştığının yazılı olduğu, istihkak bordrosunda da aynı bilginin yer aldığı anlaşılmaktadır.

Yaptırılan imza incelemesi sonucunda, İşe giriş bildirgesindeki imzanın davacı eli ürünü Olduğu, işe giriş bildirgesinde yazılı bulunan sigortalı ismindeki kimi yanlışlıklara karşın, Nüfus Müdürlüğü'nün cevabi yazısı ile

nüfus künye bilgilerine bakıldığında, anılan kaydın davacıya ait olduğunun ve aynı künye kaydında benzer isimde başka bir sigortalının bulunmadığının kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirlendiği de görülmektedir.

Kamu kurumlarından bildirilen ve aksi kanıtlanmamış bilgi ve belgelere değer verilmesi gerekir. Somut uyuşmazlıkta, eldeki bilgi ve deliller karşısında, uzun yıllar öncesine dayalı çalışma İddiasının kanıtlanması için ayrıca tanık deliline başvurulmasına gerek bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular dikkate alındığında, yerel mahkemenin, davacıya ait 27.07.1977 tarihli sigortalı çalışmayı tespit eden kararında bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir,

SONUÇ: Davalılar vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle **ONANMASINA**, 18.07.2007 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

BONODA BEDELSİZLİK İDDİASI • İSPAT YÖNTEMİ

ÖZET: Bono'nun bedelsiz olduğunu iddia eden davacı bu iddiasını yazılı delil ile ispatlamak zorundadır.

YHGK E: 2007/19-918 K: 2007/960 T: 12.12.2007

Taraflar arasındaki "menfi tespit" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 18.06.2004 gün ve 2003/905-2004/408 sayılı kararın incelenmesi Davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19.Hukuk Dairesi'nin 7.03.2006 gün ve 2005/7532-2006/3094 sayılı ilamı ile; ("*...Dava, icra takibine konu iki adet bonodan dolayı, borçlu olmadığının tespiti istemine ilişkindir.*")

Davalı vekili, kooperatifin inşaatını yaparken nakit sıkıntısına düşünce müvekkilinden borç para istediklerini, borç para karşılığı senet alındığını belirterek, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, benimsenen bilirkişi raporuna göre davanın kabulüne, icra takip dosyasında takip konusu yapılan bonoların ve işbu takibin iptaline, takip değeri 34.250.000.000.-TL.nin % 40'ı tazminatın takip kötü niyetli olduğundan davalıdan tahsili ile kooperatifçe ödenmesine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava konusu bonoların ihdas nedeni hanesinde "nakden" ibaresi bulunmaktadır. Davalı, bononun borç para karşılığında düzenlendiğini savunmuş, davacı ise, karşılıksız olduğunu iddia etmiştir. Bonoların kooperatifi

temsile yetkili çift imzayı ihtiva ettiği ihtilafsızdır. Bu durumda, bononun bedelsiz olduğunu iddia eden davacı, bu yöndeki iddiasını HUMK.'un 290. maddesi uyarınca yazılı delille kanıtlamakla yükümlüdür. Yazılı delil sunulamaması halinde ise, dava dilekçesinde "her türlü delil" denilerek yemin deliline de dayanılmış olduğundan, davacının davalıya yemin teklif etme hakkı hatırlatılarak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir..." gereğiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz - itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 12.12.2007 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

TAŞINMAZ DEĞERİNİN TESPİTİ • İRTİFAK HAKKI'NIN ETKİLERİ

ÖZET: Bir taşınmazın değerinin ne kadar olduğu tespit edilirken; tapu kaydına göre o taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkının mevcut olduğu anlaşılırsa, irtifakın taşınmazın değeri üzerindeki olumsuz etkisi dikkate alınarak sonuca gidilmelidir.

YHGK E: 2008/18-316 K: 2008/331 T: 16.04.2008

Taraflar arasındaki "Kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin Asliye 1. Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 28.11.2002 gün ve 2002/970 E, 2002/1287 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 24.2.2003 gün ve 2003/59 E, 1232 K. sayılı

ilamı ile; (...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Ancak;

Dava konusu 2010 Ada 1 parsel sayılı taşınmazın dosya içerisinde bulunan tapu kaydına göre 432 m² olan alanının 216 m²'si üzerinde ÇEAŞ lehine 21.5.1994 tarihli irtifak hakkının bulunduğu anlaşılmaktadır. Yerinde yapılan keşif sırasında fen bilirkişisine yaptırılan incelemede taşınmaz üzerinden elektrik gerilim hattının geçmediği belirtilmiş ise de, irtifak nedeniyle elektrik hattının henüz taşınmaz üzerinden geçirilmemiş olması ileride bu hakka dayalı olarak hat çekilmesine engel teşkil etmez.

Bu bakımdan söz konusu irtifak hakkının kaldırılmasının söz konusu olup olmadığı araştırılmadan, bu irtifak yokmuş gibi irtifakın değere olumsuz etkisinin hükme esas alınan bilirkişi raporunda nazara alınmamış olması doğru görülmemiştir.

Mahkemece, tarafların açıklamasına da başvurmak suretiyle irtifakın halen devam edip etmediği lehine irtifak hakkı kurulan ÇEAŞ'dan sorulup, halen irtifak hakkının devam ettiğinin saptanması halinde bilirkişi kurullarından bu irtifakın taşınmazın değeri üzerindeki olumsuz etkisini gözeterek ek raporlar alınıp hasıl olacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmaz malın idare adına tescili istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkili idare tarafından trafo yeri için kamulaştırılan davalılara ait 2010 ada 1 parsel sayılı taşınmaza idarece belirlenen değer üzerinden pazarlıkla satın alma yolu denenmiş olmasına rağmen, takdir edilen bedelin davalılar tarafından kabul edilmemesi nedeniyle anlaşma sağlanamadığını ileri sürerek, kamulaştırma bedelinin tespiti ile taşınmazın müvekkili adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili; arsa niteliğinde ve çok kıymetli bir konumda bulunan dava konusu taşınmazın kamulaştırma bedelinin metrekarede 60.000.000 TL olarak tespiti ile davacıdan tahsiline karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, dava konusu taşınmazın tapu kaydında ÇEAŞ lehine yazılı irtifak hakkının, taşınmazın değerine olumsuz etkisini göz önünde bulundurmadan bedel tespiti cihetine giden bilirkişi raporunu benimsemek suretiyle "davanın kabulüne" dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı

nedenle bozulmuş; Yerel Mahkemece "taşınmazın imar uygulamasına tabi tutulmadan önce ÇEAŞ lehine tesis edilen irtifak hakkının kadastral parsel kaydına şerh verildiği ve irtifak nedeniyle fiilen enerji nakil hattının geçirildiği, yükümlü taşınmazın ifraz ve imar uygulaması sonucu oluşan dava konusu 2010 ada 1 numaralı parsel kaydına bu şerhin intikal ettirilmiş olmasına karşın, kadastral kök parselden geçirilen enerji nakil hattının dava konusu parsel üzerinde değil ifraz sonucu oluşan başka bir parselde kaldığının keşfen belirlendiği, bu aşamadan sonra irtifak nedeniyle 1 numaralı parselden enerji nakil hattı geçirilmesi olanağı bulunmadığından irtifak nedeniyle değer düşüklüğünün bedele yansıtılmasının gerekmediği" gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık; tapuda Çukurova Elektrik A.Ş lehine kayıtlı bulunan irtifak hakkının devam edip etmediğinin ve bu hakkın kaldırılmasına dair her hangi bir işlem bulunup bulunmadığının araştırılması ve sonucuna göre, irtifak nedeniyle değer düşüklüğünün taşınmazın kamulaştırma bedeline yansıtılmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği gibi irtifak, bir eşya üzerinde hak sahibine o eşyadan yararlanma yetkisi sağlayan bir ayni haktır. İrtifak hakkının içeriğini oluşturan yetkiler, ilke olarak sınırlıdır. Ancak, aynı hak olarak herkese karşı ileri sürülebilen mutlak etkiye sahiptir.

Türk Medeni Kanunu'nun 779 ve devamı maddelerinde irtifak türleri, taşınmaz lehine irtifak hakkı, intifa hakkı, oturma hakkı, üst hakkı, kaynak hakkı ve diğer irtifaklar olarak belirlenmiş; mülkiyetten farklı olarak irtifaklar için kanun, genel hüküm koymamıştır. Buna karşılık, eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin hükümlerin (MK m.779-793), diğer kişisel irtifaklarda da uygulanacağı Türk Medeni Kanunu'nun 838/son maddesinde belirtilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 780. maddesine göre, kural olarak irtifak hakkının kazanılması için tapu kütüğüne tescil şart olmakla birlikte, aynı maddenin ikinci fıkrasında "irtifak hakkının kazanılmasında ve tescilinde, aksi öngörülmuş olmadıkça taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır" hükmü ile yapılan yollama dolayısıyla sicil dışı kazanma halleri irtifak hakkının kazanılmasında da söz konusu olacaktır.

Bu noktada, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesinde, kamulaştırma amacının elde edilmesi için yeterli olduğu takdirde taşınmazın belirli bir kısmı, yüksekliği, derinliği veya kaynaklar üzerinde kamulaştırma yolu ile irtifak kurulabileceği belirtildiğinden; kamulaştırmanın tamamlanması ile irtifak hakkının doğduğu ve sonradan yapılacak tescilin açıklayıcı mahiyette bulunduğu kuşkusuzdur (Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman, Prof. Dr. Özer Seliçi, Prof. Dr. Şaibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2004, s: 606).

Burada önemle vurgulanmalıdır ki; irtifakın kullanılması, fiilen yüklü taşınmazın bir kısmında söz konusu olsa dahi, yük bütün taşınmaz üzerinedir. Keza irtifak hakkı yararlanan taşınmazın bir kısmının ihtiyaçları

için kurulmuş olsa dahi, taşınmazın tümü lehine mevcuttur. İrtifak bölünmez bir haktır (Oğuzman/Seliçi/Özdemir, a.g.e., s: 602).

İrtifak hakkı, tapu sicilindeki kaydın terkinini veya yüklü ya da yararlanan taşınmazın yok olması ile sona erebileceği (MK m.783) gibi, sözleşmede öngörülen sürenin dolması da bir sona erme sebebidir. Tüm bunların dışında, irtifak hakkının sağladığı yarar büsbütün ortadan kalkmış ya da bu hakkın, doğurduğu yüke oranla pek az çıkar sağlamış olması durumunda, irtifakın terkinini için istemde bulunulabileceği Medeni Kanunun 785. maddesinde öngörülmüştür.

İrtifakın sağladığı yararın kaybı sebebiyle terkinini talep kuralının bazı uygulama halleri Medeni Kanun'un 793. maddesinde ayrıca düzenlenmiş; "Yüklü taşınmazın bölünmesi" başlığını taşıyan anılan maddede, "Yüklü taşınmazın parsellere bölünmesi halinde kural, irtifak hakkının her parsel üzerinde devam etmesidir. Ancak, irtifak hakkı belirli parseller üzerinde kullanılmıyorsa, durum ve koşullara göre de kullanılamayacaksa, bu parsellerin maliklerinden her biri, kendi taşınmazı üzerindeki irtifak hakkının terkinini isteyebilir.

Tapu sicil memuru, bu istemi irtifak hakkı sahibine bildirir ve onun bir ay içinde itiraz etmemesi halinde irtifak hakkını terkin eder." Hükmü öngörülmüştür.

Bu açık hüküm karşısında; somut olayda olduğu gibi, yükümlü taşınmazın parsellenmesi halinde, irtifak hakkı her parsel üzerinde eskisi gibi kalacaktır. Diğer bir ifadeyle, yüklü taşınmazın bölünmesi sonunda meydana gelen bütün parsellerin irtifak hakkıyla yüklü kalması, asıldır. Burada, az yukarıda değinilen, irtifakın bölünmezliği prensibi söz konusudur. Böylece oluşan her parsel üzerinde irtifak Hakkı sahibi, irtifak hakkından kaynaklanan yetkilerini kullanabilecektir.

Şu kadar ki, irtifak hakkı yalnız bölünen bir parsel üzerinde yük teşkil ediyor, hak ancak bu parsel üzerinde kullanılıyorsa, diğer yüklü parsellerin maliklerinden her biri, kendi parsellerinden irtifakın terkinini talep edebilir (MK m793/2). Terkin talebi tapu memurluğuna yapılır ve irtifak hakkı sahibine tebliğ edilir. Bir ay içinde itiraz olunmazsa tapu memuru terkinini yapar (MK m793/3). itiraz halinde, yüklü parsel maliki mahkemeye başvurarak Medeni Kanunun 785. maddesi uyarınca bir terkin kararı almalıdır (Oğuzman/Seliçi/Özdemir, a.g.e., s:614).

Medeni Kanunun 793. maddesinde (eski TKM m.716) bir yüklü taşınmazın bölünmesi öngörülmüş olduğundan ve hukuki tarifine göre yüklü taşınmaz bölünürse, ancak bir irtifak hakkı var olabileceğinden genel olarak bütün irtifak haklarına bu madde uygulanabilir (Dr. Suad Bertan, Aynı Haklar, Ankara 1976, s: 1338).

Sonuç olarak, Türk Medeni Kanunu'nun 793. maddesine göre, yüklü taşınmazın bölünmesi halinde, irtifakın, ortaya çıkan bütün parsellerin her biri üzerinde yük olarak devam ettiği, salt ifraz ve taksim nedeniyle irtifak hakkının son bulmayacağı; bu hak, ortaya çıkan parsellerden bir ya da bir

kaçı üzerinde fiili olarak kullanılmasa dahi, tapudan terkin edilmedikçe bu parsellerin irtifak hakkıyla yüklü kalacağı, her türlü duraksamadan uzaktır.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut durum değerlendirildiğinde; davalılar adına müşterek mülkiyet üzere kayıtlı bulunan ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca ifraz ve imar uygulaması sonucu oluşan 432 metrekare yüzölçümündeki 2010 ada 1 parsel sayılı taşınmazın tamamının trafo yeri için davacı idarece kamulaştırıldığı ve taşınmaz kaydında, 216 metrekarelik kısım üzerinde ÇEAŞ lehine 21.5.1974 tarihli irtifak şerhinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Yargılama sırasında fen bilirkişiden alınan krokili raporda, enerji nakil hattının kamulaştırılan 1 numaralı parsel üzerinden değil, taşınmazın güney batı sınırının dışından geçirildiği ifade edilmiştir.

Az yukarıda değinildiği üzere, ÇEAŞ lehine irtifak tesis edilen taşınmazın ifraz ve imar uygulaması nedeniyle bölünmesi sonunda meydana gelen dava konusu 1 numaralı parsel üzerinde irtifak, dosyada mevcut kayıtlara göre, yük olarak devam etmektedir. Ne var ki mahkemece, yükümlü taşınmazın ifraz ve imar uygulamasına tabi tutulmadan önceki kayıt ve belgeleri irtifak hakkını gösterir şekilde getirtilmemiş ve bu hakkın kaldırılmasına dair her hangi bir işlem yapıp yapılmadığı araştırılmadan, eksik inceleme ile salt çap üzerinden değerlendirme yapılmak ve anılan fen bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle, ifraz sonucu oluşan 1 numaralı parselde irtifak hakkının devam etmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Hal böyle olunca mahkemece yapılması gereken iş; Çukurova Elektrik A.Ş lehine irtifak tesis edilen yükümlü taşınmaza ait kayıt ve belgelerin irtifak hakkını ilk tesisinden itibaren gösterir şekilde getirilmesi, irtifak hakkının terkin yönünde tapu sicil müdürlüğüne yapılmış başvuru ya da Medeni Kanun'un 785. maddesi uyarınca açılmış bir davanın bulunup bulunmadığının, bu cümleden olarak irtifak hakkının kaldırılmasının söz konusu olup olmadığının taraflar ve lehine irtifak hakkı bulunan Çukurova Elektrik A.Ş'den araştırılması; dava konusu 1 parselde fiili olarak irtifak hakkının kullanılmadığından bahisle davalılar tarafından terkin istemi ile yapılmış bir başvuru bulunmadığı takdirde, yukarıda açıklanan ilkeler uyarınca, bölünen taşınmaz üzerinde irtifakın devam ettiği göz önünde tutularak, bilirkişi kurullarından bu irtifak hakkının taşınmazın değeri üzerindeki olumsuz etkisini gözetken ek raporlar alınması ve kamulaştırma bedelinin bu şekilde tespiti olmalıdır.

O halde; Yerel mahkemece bu gerekliliklere uyulmaksızın, eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu verilen önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK.'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcın iadesine, 16.04.2008 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

MECBURİ HİZMETİ TAMAMLAMADAN GÖREVDEN AYRILMA • SORUMLULUĞUN KAPSAMI

ÖZET: Mecburi hizmetini tamamlamadan görevinden ayrılan öğretim görevlisinden yüklenme senedinde sayılmayan kalemlerin tahsili mümkün değildir.

Bu nedenle yüklenme senedinde yazılmamış olan “maaş” görevinden ayrılan kişiden istenemez

Esasen böyle bir durumda görevinden ayrılan kişiden maaşlar haricinde eğitim giderlerinin isteneceği yasa da öngörülmüştür.

YHGK E: 2008/18-553 K: 2008/563 T: 24.09.2008

Taraflar arasındaki "menfi tespit ve istirdat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin Asliye 2. Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 31.10.2006 gün ve 260-671 sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 17.4.2007 gün ve 1825-3483 sayılı ilamı ile; (...Dava dilekçesinde, davacı Didem Ekici'nin üniversitede araştırma görevlisi olarak çalışırken 2547 Sayılı Yasanın 35. maddesi gereğince yüksek lisans eğitimi yapmak üzere Orta Doğu Teknik Üniversitesi'ne gönderildiğini, ancak bir süre sonra istifa ederek ayrıldığını, davalı üniversitenin davacıdan yüklenme senedi uyarınca 6.900.470.000 TL anapara alacağı ile cezai şart tazminatı 3.450.325.569 TL istediğini, yapılan ödeme üzerine bu kez de 4.119.912.000 TL işlemiş faiz talep edildiğini, icra korkusu üzerine dava tarihine kadar 3.201.365.500 TL'nin de ödendiğini, davacının yapmış olduğu görevin karşılığı olan ücreti ve maaşı aldığını, tek taraflı konulan cezai şart ve faizin istenmesinin doğru olmadığını, ödenen paraların ödeme tarihlerinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte istirdadı, ödenmeyen kısımdan ise borçlu olmadıklarının tespitini istemiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı D.E'nin davalı Üniversite tarafından 2547 Sayılı Yasanın 35. maddesi gereğince yüksek lisans ve doktora eğitimi yapmak üzere Orta Doğu Teknik Üniversitesi'ne gönderilmesi ve eğitimi sırasında istifa ederek görevinden ayrılması konusunda bir anlaşmazlık yoktur. Adı geçen maddeye göre, yükseköğretim kurumları, kendilerinin ve yeni kurulmuş ve kurulacak diğer yükseköğretim kurumlarının ihtiyaçları için yurt içinde ve dışında, kalkınma plan, ilke ve hedeflerine ve Yükseköğretim Kurulunun belirteceği ihtiyaca ve esaslara göre öğretim elemanları yetiştirecekler, öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadroları, araştırma

ve doktora çalışması yapmak üzere başka bir üniversiteye Yükseköğretim Kurulu'nca geçici olarak tahsis edilebilecek, bu şekilde doktora ve tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlilik payesi olanlar, bu eğitimlerinin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine döneceklerdir. Yurtiçi ve yurtdışında yetiştirilen öğretim elemanları, genel hükümlere göre bağlı oldukları yüksek öğretim kurumlarında mecburi hizmetlerini yerine getirmek zorunda olup, bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere yüksek öğretim kurumlarında görev verilmeyecektir. Buna göre öğretim elemanı yetiştirilmek üzere başka bir üniversiteye kadrosu tahsis edilen öğrencilerin başarısız olmaları veya görevlerinden ayrılmaları halinde kendilerine yapılan ödemeleri geri ödeyeceklerine ilişkin hiçbir düzenleme öngörülmemiştir. Ancak taraflar arasında sözleşme yapılmasını engelleyen bir hükme de yer verilmemiştir.

Bu durumda davacı D.E.'nin yüklenme ve kefalet senedi hükümlerine göre sorumluluğunun tespiti gerekeceği açıktır. Adı geçen taahhütname bir bütün halinde incelendiğinde davalı hakkında taahhütnamenin 5. maddesinin ve bu maddenin yaptırımını gösteren 12. maddeden sonra gelen fıkranın uygulanacağı anlaşılmaktadır. Bu fıkra göre ise "Üniversite veya İleri teknoloji Enstitüsü tarafından benim için yapılmış olan bütün masrafların (Türk lirası olarak) her biri için ödeme tarihinden itibaren tahakkuk ettirilecek kanuni faiz v.b. vergi ve kanuni ödemelerle birlikte ve iki katı olarak Üniversitenin/ İleri teknoloji Enstitüsünün hazine emrine ödeyeceğimi." şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre davacının sorumlu olacağı kısım öğretim ve eğitim için yapılan masraflar olup araştırma görevlisi kadrosunda bulunmanın karşılığı olan maaş ödemeleri bunun dışında kalmaktadır. Mahkemece taahhütnamenin bu hükmü dikkate alınarak davacıya eğitimi süresince maaş ödemeleri dışında yapılan masraflar (vize, yabancı dil ücreti, ders ücreti, yatı ücreti, tez hazırlama, harç vs) varsa tespit edilerek bunlardan sorumlu tutulması, bunun dışında kalan ödemeler açısından ise -davalı üniversitenin daha önceden temerrüde düşürülmediği de dikkate alınarak dava dilekçesinin tebliği tarihinden itibaren faiz işletilerek- davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir) gerekçesi ile bozularak, dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, eğitim ve öğretim gideri alacağına dayalı istirdat ve bakiye borcun bulunmadığının tespiti istemine ilişkindir.

Davacılardan D., geçici olarak ODTÜ'de araştırma görevlisi kadrosunda görev yapmakta iken istifa etmek durumunda kaldığını, davalı Üniversite ile aralarında düzenlenen yüklenme ve kefalet senedine dayanılarak aleyhlerinde başlatılan icra tehdidi altında bildirilen tutarların ödetildiğini, hatta bir

miktar daha borçlarının kaldığının bildirildiğini, ancak yaptıkları bu ödemenin yasal olmadığını öğrendiklerini ileri sürerek,yapılan ödemelerin geri ödenmesini ve bakiye borçlarının bulunmadığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Üniversite, davacı D.'nin 2547 sayılı Yasanın 35. maddesine göre ODTÜ'ye yüksek lisans yapmak üzere gönderildiğini, ancak mecburi hizmet süresi dolmadan istifa ederek görevinden ayrıldığını, gönderilmeden önce imzaladığı yüklenme senedindeki taahhüt ettiği eğitim giderlerini talep etmeleri üzerine ödediklerini, alınan kefalet senedinin iptal de edilmediğini bildirerek, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; Davacılar ile davalı Üniversite arasında 3.1.2000 tarihinde Üniversiteler tarafından lisansüstü eğitim öğretimi yapmak üzere yurt içindeki diğer üniversitelere gönderilecek araştırma görevlilerince düzenlenecek taahhüt senedinde "....2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 35.maddesine göre Mersin Üniversitesi Yüksek Teknoloji Enstitüsü adına ve hesabına Ortadoğu Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü bina bilgisi dalında yüksek lisans öğrenimi yapmak üzere Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversite de Lisansüstü Eğitim gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre; Lisansüstü Eğitim öğretim süresi (tatiller dahil) kadar mecburi hizmeti yerine getirmek üzere döndükten sonra namına ve hesabına öğrenim yaptığım Üniversite/Yüksek Teknoloji Enstitüsü'nce görevlendirilmenin uygun bulunduğu Eğitim birimlerinde bunların bütün şartlarına uyarak hizmet yapmak üzere görev almayı, bu yüklenme senedini zincirleme kefil ve ortak zincirleme borçlu sıfatıyla üniversitem/Yüksek Teknoloji Enstitüsü tarafından muteber sayılacak üç şahsın kefaletine bağlamayı şimdiden kabul ve taahhüt ederim. Bu süre zarfında benim için yapılan masraf ve her türlü ödemelerin de borcuma ekleneceğini aşağıda yazılı hususlarla birlikte şimdiden kabul ve taahhüt ederim..... a-Öğrenim süresi ve sonrasında..... 5-Kendi isteğimle öğrenimimi bıraktığım..... 12-Mecburi hizmet yükümlülüğüm bitmeden görevden ayrıldığım, izinsiz iş yerimi değiştirdiğim veya mecburiyetten çıkarıldığım takdirde Üniversite veya İleri teknoloji enstitünü tarafından benim için yapılmış olan bütün masrafların (TL olarak) her biri için ödeme tarihinden itibaren tahakkuk ettirilecek kanuni faiz vs. vergi ve kanuni ödemelerle birlikte ve iki katı olarak Üniversitenin/Yüksek Teknoloji Enstitüsünün hazine emrine nakten ve defaten ödeyeceğimi, ancak mecburi hizmetim dolmadan üniversitenin muvafakati ile görevimden ayrıldığım taktirde işbu yüklenme senedi gereğince yukarıda belirtilen şekilde adıma tahakkuk ettirilecek borç tutarından, ifa ettiğim mecburi hizmet süresine tekabül eden miktarı düşüldükten sonra kalanını nakten ve defaten ödeyeceğimi, ödenmeyen kısım için kanuni faiz uygulanmasını şimdiden kabul ve taahhüt ederim..." hükmünü içermektedir.

Davacı D., asıl borçlu olarak, diğer davacılar ise kefil olarak taahhüt senedini imzalamışlardır.

Davalı Üniversiteye davacı E., 15.10.2001 tarihinde 6.900.181.125.00 TL'yi 6.2.2002 tarihinde 3.450.325.569,00 TL'yi 21.10.2002 tarihinde de 200.073.500.00 TL, 15.11.2002; 17.12.2002 tarihinde aynı; 16.1.2003 tarihinde 200.105.000 TL olarak; 17.2.2003; 17.3.2003; 17.4.2003; 17.5.2003; 17.6.2003; 16.7.2003; 18.8.2003; 16.9.2003; 17.10.2003; 17.11.2003; 17.12.2003; 19.1.2004 tarihlerinde de aynı bedeli Mersin Üniversitesi'ne ödemiştir. Davalı Üniversite tarafından bakiye 918.326.500 TL borcun kaldığı bildirilmiştir.

Yerel Mahkemece, davacılar tarafından yapılan ödemenin eksik olduğu, itirazlarının haksız olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş; Özel Dairece yukarıdaki gerekçe ile karar bozulmuş, yerel mahkeme gerekçesini tekrar ederek ve genişleterek önceki kararında direnmiştir.

Davalı Üniversite tarafından ödenecek kalemler arasında davacı D.'ye ödenen maaşlar da hesaplanmıştır. Bilindiği üzere, maaş hizmet karşılığında kadroya dayanılarak ödenen parayı ifade eder. Davacı D.'ye de araştırma görevlisi kadrosunda bulunması karşılığında maaş ödenmiştir.

Somut olayda, maaş, yüklenme senedinde açıkça masraf olarak sayılan kalemler arasında yer almamaktadır. Açıkça yüklenme senedinde sayılmayan kalemlerin tahsili de mümkün değildir.

Kaldı ki, 8.7.2006 T.de yürürlüğe giren 5535 sayılı "Bazı Kamu Alacaklarının Tahsil ve Terkinine İlişkin Kanunun 2.md..sinde " 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa eklenen" Geçici Madde 53-33. maddeye göre lisansüstü eğitim-öğretim amacıyla yurt dışına gönderilenler ile 35. maddeye göre yurt içinde başka bir üniversiteye lisansüstü eğitim-öğretim amacıyla gönderilenlerden veya üniversitelerinde görev yapanlardan bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar; d) Eğitimlerinin herhangi bir aşamasında istifa etmiş olmaları nedeniyle kadrolarıyla ilişkileri kesilenler, sürelerinin bitiminde mecburi hizmetlerini tamamlamak üzere görevlerine başlamayıp çekilmiş sayılanlar ile görevlerine başlayıp da yükümlü bulundukları mecburi hizmetini bitirmeden görevlerinden ayrılanlardan....

...Ancak, üniversiteye veya başka bir kamu kurumuna dönmek istemeyenlerden mecburi hizmet karşılığı olarak, hizmetleri karşılığında aldıkları yurt içi maaşlar talep edilemez. Bu maaşlar haricinde eğitimleri için yapılan diğer ödemeler talep edilir" hükmü de bu görüşümüzü doğrulamaktadır. Yine bu konuda Maliye Bakanlığı tarafından 5.8.2006 tarihinde resmi gazetede yayınlanan genelgede de (11/7.md.sinde) benzer açıklama yapılmıştır.

Öte yandan, Hukuk Genel Kurulu'nun 22.11.2006 gün ve E:2006/15-743, K:740 sayılı;

gün ve E:2006/18-757, K:763 sayılı; 02.05.2007 gün ve E:2007/18-229, K:238 sayılı;

03.10.2007 gün ve E:2007/18-643, K:714 sayılı; 03.10.2007 gün ve E:2007/18-644, K:715 sayılı;

31.10.2007 gün ve E:2007/18-785, K:806 sayılı; 31.10.2007 gün ve E:2007/18-796, K:800 sayılı;

1. gün ve E:2007/18-863, K:836 sayılı; 05.12.2007 gün ve E:2007/18-913, K:948 sayılı;

20.02.2008 gün ve E:2008/18-137, K: 153 sayılı; 27.02.2008 gün ve E:2007/18-209, K: 203 sayılı kararlarında da aynı ilke benimsenerek, davacıların yüklenme senedinde harcama kalemleri arasında açıkça yer verilmeyen giderlerden sorumlu tutulmalarına olanak bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Bu itibarla yüklenme senedinde gösterilmeyen maaşların hesaplamaya dahil edilmemesi gerekmektedir.

O halde, yukarıda açıklanan ve bozma ilamında bildirilen nedenlere göre Özel Dairenin 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 yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine, 24.9.2008 gününde oy birliği ile karar verildi.

VASI TAYİNİ İDDİALARININ GERÇEKLİĞİ • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Babasının akıl hastalığı düzeyinde yeteneklerini yitirdiği, alkol ve uyuşturucu bağımlısı olduğu iddialarıyla babasına vasi tayin edilmesini isteyen oğlunun söz konusu iddialarını ispatlamamış olması karşısında babasına bir miktar manevi tazminat ödemesi gerektiği düşünülmelidir.

YHGK E: 2009/4-24 K: 2009/75 T: 11.02.2009

(... Davacı vekili dava dilekçesinde, davacının oğlu olan davalının, Sulh Hukuk Mahkemesinde açtığı davada davacının akıl hastası olduğu, alkol ve uyuşturucu bağımlısı olduğu, israf derecesinde bilinçsiz ve amaçsız harcamalar yaptığını iddia ederek kendisine vasi tayin edilmesini istediğini, bunun davacıyı üzdüğünü belirterek manevi tazminat istemiştir.

Davalı davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece dava reddedilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki kanıtlara göre, davalı Sulh Hukuk Mahkemesine verdiği dava dilekçesinde davacının, akıl zayıflığı yüzünden işlerini görmekten aciz ve devamlı olarak yardım ve gözetime muhtaç olup kendisi ve

başkalarının güvenliği için tehlike oluşturan eylemler yaptığını, devamlı israf derecesinde bilinçsiz ve amaçsız harcamalar yaptığını, son zamanlardaki davranışları ve sözleri ile akli melekelerini yitirdiği ve bir akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı içinde olduğunu gösterdiğini belirterek davacıya vasi tayin edilmesini istemiştir.

Sulh Hukuk Mahkemesince Adli Tıp Kurumundan alınan 21.03.2005 tarihli raporda, davacıda hukuki ehliyetini etkileyecek veya ortadan kaldıracak mahiyet ve derecede herhangi bir akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya bunama halinin tespit edilmediği, kendisinin herhangi bir toksit maddeye karşı veya alkole karşı iptilasının olmadığı, bu duruma göre davacıya vasi veya müşavir tayini için tıbbi bir neden bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Mahkemece bu rapor esas alınarak vasi tayini istemi reddedilmiş ve karar onanarak kesinleşmiştir.

Şu durumda davalının davacı ile ilgili iddialarının doğru olmadığı anılan rapordan anlaşılmaktadır. Her ne kadar Sulh Hukuk Mahkemesinde dinlenen o davanın davacısının tanıkları iddiaları doğrulamışlarsa da eldeki davada dinlenen davacı tanıkları ise iddiaların doğru olmadığını belirtmişlerdir. Tüm kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde davalının bu iddiaları davacının ikinci eşle evlenmesi nedeniyle ileri sürdüğü anlaşılmaktadır.

İddiaların niteliği dikkate alındığında davacı için olaya uygun düşecek miktarda manevi tazminata hükmetmek gerekirken davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel 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: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz

peşin harcının geri verilmesine 11.02.2009 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.

GÖREVSİZLİK KARARINI İZLEYEN İŞLEMLER • DAVANIN AÇILMAMIŞ SAYILMASI

ÖZET: Mahkemece verilen görevsizlik kararının kesinleşmesinden sonra on günlük süre içerisinde usulüne uygun şekilde dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi dilekçesi verilmemiş olduğundan; davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir.

YHGK E: 2010/2-56 K: 2010/21 T: 27.01.2010

Taraflar arasındaki "Değer artış payı" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bursa 1. Aile Mahkemesince davanın açılmamış sayılmasına dair verilen 02.06.2006 gün ve 2006/509 E., 2006/540 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 15.07.2008 gün ve 2007/11855 E.-2008/10545 K. Sayılı ilamı ile; (...Taraflar arasındaki değer artış payı davasında Asliye Hukuk Mahkemesinin 28.02.2006 tarihli kararı ile Aile Mahkemesine görevsizlik kararı verildiği, kararın 14.04.2006 tarihinde kesinleştiği davacı vekilinin görevsizlik kararı kesinleşmeden 10.03.2006 tarihinde tahrik dilekçesi verdiği, dilekçede dosyanın karar kesinleştiğinde görevli Aile Mahkemesine gönderilmesinin talep edildiği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 193/son maddesinin koşullarının oluşmadığı nazara alınmadan davacının davasının açılmamış sayılmasına karar verilmesi doğru olmamıştır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesinde, görevsizlik kararının kesinleşme tarihinden itibaren 10 gün içinde yeniden dilekçe verilmesi veya yeniden çağrı kâğıdı gönderilmesi gerektiği aksi halde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Somut olayda 28.02.2006 gününde Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen görevsizlik kararı 14.04.2006 tarihinde kesinleşmiştir.

Ne var ki 10.03.2006 tarihli tahrik dilekçesi altında imzası bulunan Av. Özgür'ün vekaletnamesi dosya içerisinde bulunmadığından geri çevirme kararı verilmiş ve bu karar üzerine mahalline gönderilen dosyaya Av. Özgür vermiş olduğu dilekçe ile dosya içerisinde bulunan tahrik dilekçesinin kendisi tarafından verilmediğini, davacı tarafça da vekil olarak tayin edilmediğini, davacı ise Av. Özgür'ü tanımadığını ve vekil olarak da tayin etmediğini beyan etmiş olduğundan 10.03.2006 tarihinde verilen tahrik dilekçesi geçerli kabul edilmemiştir.

Dosya içerisinde bulunan 31.05.2006 tarihli tahrik dilekçesi ise 10 günlük süre geçtikten sonra verilmiş olduğuna daha önce verildiği söylenen ve dosya arasında bulunan dilekçenin davacı veya vekili tarafından verilmediği de anlaşıldığına göre HUMK 193/son maddesi gereğince davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik olmayıp sonucu itibarıyla usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının açıklanan değişik gerekçe ile onanması gerekir.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA**, gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 27.01.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

BOÇLUNUN İTİRAZI • İTİRAZIN SINIRLARI • MAHKEME'NİN YETKİSİ

ÖZET: Borçlunun talebi alacağın ödendiği iddiasıyla takibe ilişkin itiraza ilişkin olup, tebligatın usulsüz olduğuna dair her hangi bir itiraz (şikayet) bulunmamaktadır.

Bu durumda tebliğin usulüne uygun olup olmadığının mahkemece kendiliğinden incelenip değerlendirilmesi mümkün değildir.

YHGK E: 2009/12-539 K: 2010/16 T: 27.01.2010

Taraflar arasındaki "Borca itiraz" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Şanlıurfa 2. İcra Mahkemesince "İtirazın kabulü ile takibin durmasına" dair verilen 25.2.2009 gün ve 2008/163-2009/70 sayılı kararın incelenmesi davalı vekilince istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 7.7.2009 gün ve 2009/6640-15096 sayılı ilamı ile;

(...İ.İ.K.'in 168/5. maddesi hükmü gereği borçlunun borcu olmadığı veya borcun itfa edildiğini, mehil verildiğini, alacağın zamanaşımına uğradığını, yetki itirazım sebepleri ile birlikte beş gün içinde İcra Mahkemesine bildirmesi gerekir. Somut olayda, alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine başlandığı, örnek 10 nolu ödeme emrinin PTT Genel Müdürlüğü Şanlıurfa PTT Merkez Müdürlüğüne yazısına

göre borçlu Heybetullah Aksan'a 07/04/2008 tarihinde tebliğ edildiği, borçlu vekilinin ise İ.İ.K.'nın 168/5.maddesinde öngörülen yasal beş günlük süreden sonra mahkemeye başvurarak, borcun ibraname ile itfa edildiğini ileri sürerek takibin iptalini istediği anlaşılmaktadır. Borçlunun itfa itirazına dayanak yaptığı ibranamede bir tarih bulunmamakla birlikte, itiraz dilekçesi içeriğine göre yapıldığı iddia edilen ödeme takipten önce olup, takibin kesinleşmesinden önce borcun itfa edildiğine yönelik itiraz İİK'nin 168/5. maddesi kapsamında olup, bu maddeye göre itirazın beş günlük süre içinde yapılması gerekir. Ödeme emri tebliğinin usulsüzlüğü de iddia edilmediğinden mahkemece itirazın süre aşımı nedeniyle reddi yerine işin esasının incelenerek, takibin durmasına karar verilmesi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

İstek, kambyo senedine dayalı takipte borca itiraza ilişkindir.

Davalı/alacaklı tarafından davacı/borçlu aleyhine 03.04.2008 tarihinde kambyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe girilmiş; örnek 10 nolu ödeme emrinin borçluya tebliğine dair belge takip dosyasında bulunmamakla birlikte, Şanlıurfa PTT Merkez Müdürlüğü'nce ödeme emrinin borçlu H.A.'ya 07.04.2008 tarihinde tebliğ edildiği bildirilmiştir.

Davacı/borçlu İcra Mahkemesine yaptığı 18.04.2008 tarihli eldeki itirazında; icra takibinden haricen haberdar olduğunu ileri sürerek, borcun tüm fer'ileriyle birlikte ödendiği gerekçesiyle takibin iptalini istemiştir.

İcra Mahkemesi, "ödeme emrinin borçluya tebliğine ilişkin mazbatanın dosyada bulunmaması nedeniyle tebligatın usulüne uygun yapıp yapılmadığının denetlenemeyeceği, bu itibarla usulüne uygun tebligat bulunmadığından, borçlunun takipten haberdar olduğunu iddia ettiği dava tarihine göre itirazın yasal beş günlük sürede yapıldığı" gerekçesiyle, "takibin iptaline" karar vermiştir.

Özel Dairece, ödeme emri tebliğinin usulsüzlüğünün borçlu tarafından ileri sürülmediği ve tebliğ işleminin de usulüne uygun yapıldığı kabul edilerek, yasal süre geçirildikten sonra yapılan itirazın süre aşımı nedeniyle reddi gereğine işaretle hüküm bozulmuş; Mahkeme ise, borçlunun takipten haricen haberdar olduğu yönündeki beyanının tebliğ işleminin usulsüzlüğü iddiasını da içerdiği ve ödeme emrinin tebliğinin usulsüz olduğu gerekçeleriyle önceki kararında direnmiştir.

Görüldüğü üzere; borçlu tarafından borcun itfa edildiği gerekçesiyle takibin iptali istemiyle yapılan itirazda, tebligatın usulsüzlüğüne ilişkin iddianın varlığı Mahkemece kabul edilmiş olmasına karşın, Özel Daire'ce ödeme emri tebliğinin usulsüzlüğünün iddia edilmediği benimsenmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı/alacaklı vekili

O halde ön sorun olarak; uyuşmazlığın ilk ayağı olan, ödeme emrinin tebliğinin usulsüzlüğüne dair borçlunun iddia ve şikâyetinin bulunup bulunmadığının, bir başka ifadeyle tebligatın usulsüz olup olmadığının mahkemece incelenip incelenemeyeceğinin öncelikle çözüme kavuşturulması; buna bağlı olarak da, itirazın beş günlük yasal sürede yapılıp yapılmadığının belirlenmesi gerektiği açıktır.

Adli işlem niteliğindeki icra müdürlüğü işlem ve kararlarına karşı İcra ve İflas Kanunu şikâyet kurumunu düzenlemiş ve müdürlük kararlarının değiştirilme ya da iptalini şikâyet yoluyla başvuru halinde İcra Hakimliğinin kararıyla olanaklı kılmıştır.

Şikâyet, icra dairelerinin icra hukukuna aykırı olan ve hadiseye uygun bulunmayan işlemlerinin iptali ve düzeltilmesini veya yerine getirilmeyen veya sebepsiz sürüncemede bırakılan bir hakkın yerine getirilmesini sağlamak için kabul edilmiş bir kanun yolu olup; şikâyetin konusu, sebepleri, tarafları, süresi ve şikâyet usulü ile sonuçları, İcra ve İflas Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiştir.

Bu noktada, yeri gelmişken itiraz ile şikâyet arasındaki farkların açıklanmasında yarar vardır:

İtiraz, maddi hukuka dayanan sebeplerden dolayı takibe karşı konulması, eş söyleyişle takip konusu yapılan alacağa ilişkin bulunmasına karşın, şikâyetle icra dairelerinin icra-iflas hukukuna ilişkin işlemlerine yöneltilmiş bir karşı çıkma söz konusudur.

Borçlu tarafından ileri sürülen bir sebep, niteliği bakımından icra müdürünün kendiliğinden gözetmesi gereken bir husus ise, o takdirde şikâyet sebebi teşkil eder. İcra müdürü kendiliğinden gözetmesi gereken bir hususa uymamışsa, yaptığı işlem kanuna aykırı olacağından, kanuna aykırı böyle bir işleme karşı başvurulacak yol da şikâyet yoludur (İİK m. 16).

İtiraz süresi tebliğ ile başladığı halde, şikâyet süresi öğrenme (m.16,1) ile işlemeye başladığı gibi; bazı hallerde süresiz şikâyet mümkün olduğu halde, süresiz itiraz olanaklı değildir.

Yine, itirazda bulunmak hakkı yalnız borçluya ait olmasına karşın, şikâyet yoluna, hukuki yaran bulunan borçlu alacaklı ve üçüncü kişiler de gidebilir.

Kısaca, itiraz ile şikâyet arasında mahiyet farkı bulunduğu gibi, tabi bulundukları usul de farklıdır.

Az yukarıda yapılan açıklamalar ışığında denilebilir ki; borçlunun "ödeme emrinin usulüne uygun tebliğ edilmediği" yönündeki talebi, maddi hukuka dayalı bir sebepten kaynaklanmadığından, takip hukukuna ilişkin böyle bir talebin şikâyet yoluyla ileri sürülmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Somut olayda; borçlunun talebinin açıkça, takip konusu yapılan alacağın ödendiği iddiasıyla takibe itiraza ilişkin olduğu, İcra Hâkimliğine tebligatın usulsüzlüğüne ilişkin yöntemine uygun olarak yapılmış bir şikâyet bulunmadığı anlaşılmaktadır.

İtiraz dilekçesinde borçlunun, takip konusu alacaktan kaynaklanan nedenlerle takibin iptalini istediği, talebini takip hukukuna ilişkin olan usulsüz tebligat iddiasına dayandırmadığı belirgin olduğuna göre; direnme kararında sözü edilen, borçlunun "haricen haberdar olduğuna" dair beyanının, usulsüz tebligat iddiasını da kapsadığına dair düşüncenin kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle ön sorunun oyçokluğuyla reddi ile diğer hususların görüşülmesine geçildi:

Sonuç itibarıyla; tebligatın usulsüzlüğüne dair şikâyeti bulunmayan borçluya, ödeme emrinin 07.04.2008 tarihinde tebliğine dair işlemin usulüne uygun yapıp yapılmadığının mahkemece kendiliğinden değerlendirilmesi ve incelenmesi olanaklı değildir.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, 07.04.2008 ödeme emrinin tebliğ tarihine göre, yasal beş günlük süre geçirildikten sonra 18.04.2008 tarihinde yapılan itirazın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken; yanılıgılı teşhis ve değerlendirme sonucu itirazın süresinde kabulüne dair önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

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 27.01.2010 gününde yapılan ikinci görüşmede ön sorun yönünden oyçokluğu ile, diğer yönlerden oybirliği ile karar verildi.

TEMYİZ SINIRI'NIN TESPİTİ

ÖZET: Tamamı dava edilen bir alacağın kısmen kabulüne karar verilmesi halinde, temyiz sınırı belirlenirken, kabul ve reddedilen miktarlar birlikte esas alınır.

YHGK E: 2010/13-35 K: 2010/9 T: 27.01.2010

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bandırma Asliye 2. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 06.12.2007 gün ve 2002/435 - 2007/375 sayılı kararın incelenmesi davalılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13.

Hukuk Dairesi'nin 04.12.2008 gün ve 2008/7699 - 14659 sayılı ilamı ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, tazminat istemine ilişkindir.

Davacı taraf, taraflar arasındaki sözleşmeye dayalı olarak 1.500,00 YTL (TL) tazminat istemiş; mahkemece davanın kısmen kabulü ile 1.261,24 TL alacağın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen alınarak davacıya verilmesine karar vermiştir.

Hükmü davalılar vekili temyize getirmekle; Özel Dairece karar görev noktasından bozulmuş, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını davalılar vekili temyize getirmiştir.

21.7.2004 gün ve 25529 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, öngördüğü istisnalar dışındaki hükümleri yayım tarihinde yürürlüğe giren, 14.7.2004 tarih ve 5219 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"; yürürlük tarihinden sonra Yerel Mahkemelerce verilen hükümler yönünden 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427/2. maddesindeki temyiz (kesinlik) sınırını bir milyar TL. olarak değiştirmiş, sonraki yıllarda 5219 ve 5236 sayılı Kanunlarda öngörülen katsayılar çerçevesinde miktarlar giderek artmıştır.

Buna göre, direnme kararının verildiği 28.07.2009 tarihinde temyiz (kesinlik) sınırı 1.400,00 YTL (TL) dir.

Tamamı dava edilen bir alacağın kısmen kabulüne karar verilmesi halinde, temyiz (kesinlik) sınırının belirlenmesinde, kabul ve reddedilen miktarlar esas alınır (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, madde 427/4).

Somut olayda, Yerel Mahkemece hüküm altına alınan alacak tutan 1.261,24 TL, yukarıda değinilen temyiz (kesinlik) sınırının altında bulunduğundan, anılan karara karşı temyiz yoluna gidilmesi, miktar itibarıyla mümkün değildir.

Hal böyle olunca, davalı vekilinin temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz dilekçesinin **REDDİNE**, istek halinde temyiz ilam harcının iadesine, 27.01.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

ADLİ YARDIM • YARGILAMANIN HER SAFHASINDA ADLİ YARDIM TALEP EDİLEBİLECEĞİ

ÖZET: Şartların varlığı halinde adli yardım talebi yargılamanın her safhasında istenebilir.

Hükümden sonra temyiz yoluna başvurulurken adli yardım istenemeyeceği kabul edilemez.

YHGK E: 2010/19-49 K: 2010/10 T: 27.01.2010

Taraflar arasındaki "tazminat" davasının yapılan incelemesi sonucunda ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay 19. Hukuk Dairesince 07.07.2009 gün ve 2009/984-6944 sayılı kararla (HUMK'un 573. maddesindeki koşullar gerçekleşmediğinden davanın REDDİNE, HUMK'un 576.maddesinin 2.fıkrası uyarınca 500.00.-TL. idari para cezasının davacılar tarafından tahsili ile hazineye irad kaydına, aynı madde gereğince takdir edilen 500.00.-TL manevi tazminatın davacılar tarafından alınıp, davalıya verilmesine,..) karar vermiş; davacının bu karar temyiz harcı yatırılmadan temyiz etmesi üzerine davacı tarafa muhtıra gönderilmiş; davacı tarafın muhtıradan rücu edilmesini ve muhtıranın tebliği ile başlayan sürenin durdurulmasını, adli yardım kararı verilmesini, reddi halinde de Harçlar Kanunu'nun 16, 0, 32. maddelerinin iptali hakkında Anayasa Mahkemesine müracaat edilmesini istemiş; Özel Daire 18.11.2009 gün ve 2009/984-6944 Ek kararında

"Dairemize Bidayet Mahkemesi olarak açılan davanın yargılanması sonucunda reddine dair verilen karar davacılar 03.08.2009 tarihinde tebliğ edilmiş olup, bu karar karşı davacılar 27.08.2009 havale tarihli dilekçe ile temyiz talebinde bulunmuşlar ise de, temyiz dilekçesinin harçsız ve giderlerin yatırılmamış olduğu görülmekle, davacılar HUMK.'un 434/son maddesi gereğince gerekli harç ve giderlerin yatırılması için 7 günlük muhtıra çıkarılmış olup, anılan muhtıranın 03.11.2009 gününde tebliğ edilmesi üzerine davacıların 05.11.2009 havale tarihli dilekçe ile muhtırada yazılı harç yönünden adli yardım kararı verilmesi, reddi halinde Anayasa Mahkemesine müracaat edilmesinin talep ettikleri görülmekle dosya ele alındı.

Gereği Düşünüldü: T. Demir San. Tic. Şti'ye temsilen kendi adına asaleten Arif

1- Yargıtay 19.Hukuk Dairesinin 009/984 Esas, 009/6944 sayılı kararının temyiz edildiğini, temyiz masraflarını karşılayacak gücünün olmadığını, eksik yatırılan harçlar sebebiyle adli yardım kararı verilmesi

2- Adli yardım talebinin reddi halinde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin karar gereğince Harçlar Kanunu'nun 16,30,32. maddelerinin insan haklarını ihlal ettiğinden Anayasa Mahkemesi'ne müracaat edilmesi ve inceleme sonucuna kadar sürenin durdurulmasının talep etmiştir.

Dairemizin 07.07.009 gün 09/984 esas ve 09/6944 Bidayet sayılı kararı ile talepte bulunanların davalarının HUMK'un 573. maddesindeki koşullar gerçekleşmediğinden reddine karar verildiği, kararın temyizine ilişkin 27.08.2009 günlü dilekçesinin ekinde temyiz harcının yatırılmadığının belirlendiği, harç ve giderlerinin tamamının yatırılması hususundaki 28.09.2009 günlü muhtıra ile de 7 gün içinde harç ve giderlerin yatırılması; aksi halde temyiz talebinden vazgeçmiş sayılacağı hususu tebliğ olmuştur. 28.09.2009 günlü muhtıradan rücu edilmesi ve muhtıranın tebliği ile başlayan sürenin durdurulması ve Adli yardım talebi ve Adli yardım talebinin reddi halinde ise Harçlar Kanunu'nun 16,30,3 2. maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesine müracaat edilmesi taleplerinin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

28.09.2009 günlü muhtıranın sebebi temyiz olunan karar için Harç ve giderlerin Harçlar Kanunu'na ve HUMK göre alınmasının sağlanmasıdır.

HUMK'un 434.maddesinin 2. fıkrası uyarınca temyiz dilekçesi verilirken 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 28. maddesi gereğince karar ve ilam harcının ve diğer temyiz giderleri ile HUMK.'un 429, 432, 442/A maddesinde belirtilen tebliğ ve bildirme giderlerinin ise tamamının temyiz edenden peşin olarak alınması gerekmektedir.

Temyiz eden tarafından belirtilen bu husus için harç ve giderlerin ödenmemesi halinde çıkarılacak olan muhtıra ile bu eksikliğin giderilmesi gayesi benimsenmektedir. Temyiz edenler tarafından Harçlar Kanununa ve HUMK'da belirtilen madde hükümlerine uymamak; temyiz edilen kararın temyiz edilmemiş sayılması sonucunu doğurur (Prof. Dr. B. Kuru. H.U.M.K. C. 5. Sh. 4585. 4589. 4600. ist. 001).

Bir davanın gerektirdiği harç ve masrafların toplamının oldukça fazla olması halinde, aslında haklı olduğu bir davayı açamaması ve özellikle kendisine bir avukat tutamaması nedeniyle de açmış olduğu bir davayı kaybetmesinin mümkün olduğunu düşünen için getirilen geçici bir muaf tutulma nedeniyle oluşan müesseseye Adli yardım (müzaheret) denir.

Adli yardım şartları ise HUMK 465 madde hükmünde gösterilmiştir. Dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra talep edilebileceği, ancak hükümden sonra kanun yollarına müracaat için adli yardım kararının verilemeyeceği ilmi ve yargısal inançlardır. (Prof. Dr. B. Kuru. a.g.e. Sh. 5425.-Y.8.H.D. 26.12.1960 gün. 6937-8506. K). Adli yardım talebinin süreler ile zamanaşımını kesmeyeceği açıktır (Y.15. H.D. 15.10.1973 gün. 5879/5587. K.).

Anayasa Mahkemesi'ne Anayasa'ya aykırılık iddiası için talebin ise davanın sonuçlanmış olmasına ve ayrıca Anayasa'nın 152/II.md.hükmü gereğince de ciddi görülmemesi sebebiyle reddi gerekmiştir.

Hüküm: Yukarıda açıklanan nedenlerle:

1-28.09.2009 günlü muhtıradan rücu edilmesine talebinin ve sürenin durdurulmasına yönelik taleplerin HUMK.465 ve 434/II.md. göre reddine,

2- Adli yardım talebinin HUMK 465 ve 466. maddelerine göre reddine,

3- Anayasa'ya aykırılık iddiasının reddine kararın davacılara tebliğine" karar verilmiş;

Bu karar davacı tarafa 03.12.2009 tarihinde tebliğ edilmiş; davacı kendi adına asaleten ve şirket adına temsilen 08.12.2009 tarihli dilekçesiyle ek karara karşı müracaat hakkının bulunup bulunmadığının taraflarına bildirilmesi istenmekle Özel Dairece;

"Davacıların 27.08.2009 tarihinde havale edilmiş temyiz dilekçesinin gerekli harç ve giderlerini ihtiva etmediği, 28.09.2009 günlü muhtıra ile de 7 gün içinde harcın ikmalî için süre tanındığı, aksi takdirde temyiz talebinden vazgeçmiş sayılacağına bildirildiği ve muhtıranın 03.11.2009 tarihinde usulüne ilişkin tebliğ edilmesine rağmen harem yatırılmadığı belirlenmiştir. Temyiz harcının verilen bu kesin süre içerisinde de yatırılmamış olması sebebiyle temyizden vazgeçmiş sayılması gerektiği HUMK'un 434.III.C.2-3 madde hükmüdür (Prof. Dr. B. Kuru Hukuk Muh. Usulü. C. V. İst. 001. Sh. 4573.4598).

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz edilmemiş sayılmasına ve temyiz dilekçesinin REDDİNE."

dair oybirliği ile verilen 14.12.2009 gün ve 2009/984-6944 sayılı Ek kararın davacı tarafca temyiz edilmesi üzerine kararın süresinde temyiz edildiğinin anlaşılmasından ve dosyadaki tüm kağıtların okunmasından sonra gereği düşünüldü:

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Yargıtay 19.Hukuk Dairesinin 14.12.2009 tarihli ek kararına yönelik temyiz dilekçesi incelendi:

Özel Dairenin İlk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği 07.07.2009 tarihli davanın esasına ilişkin red kararı davacı tarafca temyiz edilmiş; ancak temyiz giderleri yatırılmamıştır.

Bunun üzerine Özel Daire tarafından, davacıya temyiz harç ve giderlerinin yatırılması konusunda muhtıra tebliğ edilmiş ise de davacı taraf adli yardım isteminde bulunarak muhtıranın kaldırılmasını istemiş; temyiz masraflarını da yatırmamıştır.

Özel Daire 18.11.2009 tarihli "28.09.2009 günlü muhtıradan rücu edilmesine talebinin ve sürenin durdurulmasına yönelik taleplerin HUMK 465 ve 434/II.md.göre reddine, Adli yardım talebinin HUMK 465 ve 466.maddelerine göre reddine, ..." şeklindeki kararıyla davacı tarafın adli yardım talebini reddetmiştir.

Davacı tarafın, temyize konu 14.12.2009 tarihli "hükmün temyiz edilmemiş sayılmasına ve temyiz dilekçesinin reddine" ilişkin kararı

temelinde, mahkemenin 18.11.2009 tarihli bu kararıyla adli yardım isteminin reddedilmiş olmasına dayanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, eldeki dava HUMK'un 573 ve devamı maddelerine dayalı tazminat istemi olmakla davanın bu niteliği ve davacı tarafın sıfatına göre kural olarak temyiz başvuru ve peşin harçları ile giderlerin yatırılması gerekir.

Davacı taraf, bu harç ve giderleri yatıramayacağını ifadeyle temyiz aşamasında adli yardım istemiş; ilk derece mahkemesi sıfatıyla hareket eden Özel Dairece adli yardım isteminin reddi karan, adli yardımın dava açılmadan önce veya dava sırasında istenebileceği, hükümden sonra kanun yollarına müracaat için adli yardım kararının verilemeyeceği, gerekçesine dayandırılmıştır.

Bilindiği üzere, adli yardım, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 465 ilâ 472 maddelerinde düzenlenmiş olup; fakir bir kimsenin bir davanın gerektirdiği oldukça kabarık olan harç ve masrafları sağlayamaması durumunda, bu mali külfetlerden geçici olarak muaf tutulmasıdır.

Anılan maddelerde adli yardımın yargılamanın hangi aşamalarında yapılacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Aynı Kanunun 469/2 maddesinde "...Müzaheretli adliye esnayı muhakemede dahi talep olunabilir. Bu talep kabul edilirse evvelce yapılmış olan masarife teşmil edilemez. Yeni bir sebep zuhuru reddedilen müzaheret talebi tekrar edilebilir." Hükümü yer almakta; kanun yollarına başvuru için adli yardım istenemeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Karar kesinleşene kadar yargılama faaliyeti süreceğine ve henüz sonlanmamış olduğuna göre kanun yoluna başvuru için de adli yardım isteminde bulunulması olanaklıdır.

Diğer taraftan, temyiz de bir dava olduğuna göre, temyiz aşamasında da adli yardım kararı verilebileceği kabul edilmelidir.

Bu kabulün, yargı mercileri önünde hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 36. maddesi ile adli yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 . maddelerine uygun olduğu da kuşkusuzdur.

Somut olayda da: her başvurusunda hatta son olarak temyiz isteminin reddine ilişkin karara karşı temyiz başvurusunda dahi bu talebini yineleyen davacı tarafın adli yardım isteminin salt "hükümden sonra kanun yollarına müracaat için adli yardıma karar verilemeyeceği" gerekçesiyle reddedilmesi ve bu karara bağlı olarak, temyiz olanağını ortadan kaldıracak şekilde temyiz edilmemiş sayılma kararı ile temyiz dilekçesinin reddine karar verilmiş olması doğru değildir.

Özel Dairece yapılacak iş; ilk derece mahkemesi sıfatıyla davacı tarafın adli yardım talebi yönünden işin esasına girilerek yasal şartların bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi ve bu şartların varlığı halinde davacı tarafın bu kurumdan yararlandırılması; adli yardım talebinin şartlarının

bulunmadığının tespiti halinde ise, usulünce temyiz harç ve giderlerinin yatırılması için süre verilip sonucuna göre bir karar verilmesi olmalıdır.

Yukarıda açıklanan hususlar göz ardı edilerek, aksine düşüncelerle kanun yoluna müracaat için adli yardım karan verilemeyeceği gerekçesiyle temyiz harç ve giderlerinin yatırılması konusunda gönderilen muhtıraya geçerlilik tanınıp süresinde bu kalemlerin yatılmamış olması nedeniyle temyiz dilekçesinin reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle; Özel Dairenin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği temyiz dilekçesinin reddine ilişkin 14.12.2009 tarihli ek kararının bozulması gerekir.

SONUÇ: Davacı tarafın temyiz itirazlarının kabulü ile Yargıtay 19.Hukuk Dairesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği 14.12.2009 tarihli ek kararın, yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, bozmanın ek karara ilişkin bulunmasına ve nedenine göre davanın esası hakkındaki temyiz itirazları konusunda bu aşamada bir karar verilmesine yer olmadığına, 27.01.2010 gününde, oybirliği ile karar verildi.

TİCARİ FAALİYET SEBEBİYLE ÜÇÜNCÜ KİŞİYE VERİLEN ZARAR • YASAL FAİZ

ÖZET: Dava konusu somut olayda buz imalatı yapılırken oluşan tozlanma sebebiyle davacıya ait ağaçlara zarar verilmiştir. Davacı da ürün kaybı sebebiyle tazminat istemiştir. Olay haksız fiil olup mahkemece yasal faize hükmedilmelidir.

YHGK E: 2010/4-24 K: 2010/19 T: 27.01.2010

Taraflar arasındaki "Maddi Tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Antalya Asliye 5.Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine dair verilen 21.01.2008 gün ve 2004/414 E-2008/2 K. sayılı kararın incelenmesi davacı ve davalı vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 19.01.2009 gün ve 2008/5366-2009/671 sayılı ilamı ile; (...1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davalının diğer temyiz itirazına gelince; dava, haksız fiil nedeni ile maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı ve davalı tarafından temyiz edilmiştir.

a) Davalı H. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi, 22.5.2007 tarihli ıslah dilekçesine karşı verdiği cevap layihası ile zamanaşımı definde bulunmuştur. Zamanaşımı defî, bir hakkın ileri sürülebilmesine engel olgulardandır. Bu nedenle de öncelikle ve hadise hükümleri (HUMK.m.222 vd.) uyarınca çözümlenmesi gerekmektedir. Şu halde mahkemece ıslah dilekçesine yönelik zamanaşımı defî yönünden olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken bu konuda karar verilmemiş olması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

b) Davalı H. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi büz imalatı yaparken oluşan tozlanma nedeni ile davacıya ait narenciye ağaçlarına zarar vermiştir. Davacı meydana gelen ürün kaybı zararı ve masrafları dava konusu yapmıştır. Şu halde dava haksız fiil esasına dayanmaktadır. Mahkemece yasal faize karar verilmesi gerekirken reeskont faizine hükmedilmesi doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmele, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı ve davalı vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, haksız fiil nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir.

Davanın kısmen kabulüne ilişkin yerel mahkeme karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur.

1 -Bozma ilamının 2/a bendi yönünden;

Bozma ilamının 2/a bendinde yer alan, "mahkemece ıslah dilekçesine yönelik zamanaşımı defî yönünden olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gereğine" değinen bozma gerekçesine açıkça uyularak verilen karar yeni hüküm niteliğinde bulunduğundan, bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

2-Bozma ilamının 2/b bendinde belirtilen bozma nedenine gelince;

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektiriri nedenlere göre, "mahkemece yasal faize karar verilmesi gereğine" 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: 1-Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 4.HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE oybirliği ile,

2-Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda (2) numaralı bentte gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz ilam harcının geri verilmesine oyçokluğu ile,

27.01.2010 gününde karar verildi.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI TARAFLARIN KARŞILIKLI KUSURLARININ ARAŞTIRILMASI

ÖZET: Davacı, evi terk etmeden önce davalıyı alkol tedavisi için iki kez doktora götürmüştü; bu gayet ve desteklere rağmen davalı koca alkol alışkanlığından vazgeçmeyip, sorumsuz davranışlara devam etmiştir. Bu nedenle tazminat gerektiren olaylarda tam kusurlu olduğu anlaşılmıştır. Davalının tam kusuru nedeniyle maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. (4721/166-1) (İBD. 2011/2)

YHGK E: 2010/2-259 K: 2010/329 T: 16.06.2010

Taraflar arasındaki "boşanma" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Sincan 2. Aile Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 25.10.2007 gün ve 2007/399 E.-2007/689 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 15.04.2009 gün ve 2008/4618 E.-2009/7279 K. sayılı ilamı ile;

(...1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Evlilik birliğinin temelden sarsılmasına neden olan olaylarda eşinin hastalığı ile ilgilenmeyen davacı kadın da eşit kusurludur. Eşit kusurlu eş yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilemez. Türk Medeni Kanunu'nun 174. maddesi koşulları oluşmamıştır. Davacı kadının tazminat istemlerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü doğru olmamıştır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, hükmün temyize konu diğer bölümlerinin yukarıda 1. bentte gösterilen nedenle **ONANMASINA**,...)

karar verilerek, 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 kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, boşanma, maddi-manevi tazminat ve nafaka istemine ilişkindir.

Davacı, 18.08.2003 tarihinde evlendiklerini, 2004 doğumlu bir çocuklarının bulunduğunu, davalının alkol bağımlısı olduğunu, işten kalan zamanlarında bir büfede sürekli olarak alkol aldığını, eve geç gelip evine zaman ayırmadığını, kazancını içkiye ayırması nedeniyle borçlandığını, bu yüzden evin zaruri ihtiyaçlarını dahi karşılamadığını, 4 adet bileziği ve çeyrek altınlarının davalı tarafından alınarak borcun ödendiğini, yine davalının davacıya ait takı ve ziynetleri sakladığı yerden çalıp içki parası yaptığını, davalıyı tedavi için iki ayrı psikiyatri uzmanına götürdüğünü, birkaç ay hastanede tedavisinin önerildiğini, ancak davalının doktor tavsiyelerine uymadığını, içkiyi sevdiğini ve değişmeyeceğini beyan etmesi üzerine dayanamayıp 07.04.2006 tarihinde babasının evine döndüğünü, artık evliliği devam ettirme imkânının kalmadığını belirterek, boşanmalarına, 100.000,00 YTL manevi tazminatın ve 100.000,00 TL maddi tazminatın davalıdan tahsiline, çocuğun velayetinin annesine verilmesine, çocuk ve anne için ayrı ayrı aylık 300'er TL tedbir, iştirak ve yoksulluk nafakasına, ziynet eşyalarının da aynen iadesi ve olmadığı takdirde şimdilik değerine karşılık 100,00 TL'nin tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, iddiaların doğru olmadığını, ek iş olarak hafta sonları düğünlere gidip saz çalarak gelir elde ettiğini, güvenlik görevlisi olarak morg binasında çalışması nedeniyle psikolojik bozukluk içerisine girdiğini, bu sıkıntıları yüzünden tedavi olmaya çalıştığını ve tedavisini, sorumluluğunu düşünerek ayakta gerçekleştirmeye çalıştığını, hastalığından kurtulmak için ve iyileşmek adına gerekli çaba ve gayreti gösterdiğini, hastalık belirtilerini geçiştirmek ve belli etmemek için zaman zaman alkol kullandığını, ancak evlilik birliğinin sarsılmasına neden olacak bir kusurunun bulunmadığını, bununla beraber kendisinin de boşanmak istediğini belirterek, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, dinlenen tanık beyanları ve celp edilen hastane tedavi belgelerine göre, davacının gayret ve desteklerine rağmen davalı kocanın alkol alışkanlığını bırakmadığı gibi, sorumsuz davranışlarına devam ederek, Kazandığını alkole yatırdığı ve alkolik hale geldiği, evinin ihtiyaçlarını karşılamadığı, evlilik birliğini davacı için çekilmez hale getirmesi nedeniyle kusurlu olduğu gerekçesiyle; tarafların boşanmalarına, 10.000,00 TL maddi, 6.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline, davacının kendisi ve çocuğu için tedbir, iştirak ve yoksulluk nafakası istemlerinin kısmen kabulüne, çocuğun velayetinin anneye verilmesine karar verilmiştir.

Davalı vekili, boşanma yönünden verilen kararın onanmasına karar verilmesini istediklerini, ancak tazminatın hüküm altına alınmasını gerektirir koşulların bulunmaması nedeniyle kararın tazminat, nafaka ve vekâlet ücreti yönünden bozulmasını istediklerini belirterek, hükmü temyiz etmiştir.

Özel Daire’ce, yukarıda yazılı gerekçeyle hüküm bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki gerekçeler yanında, ayrıca davacı kadının, davalının hastalığı ve alkol alışkanlığıyla mücadele ettiği, davalı kocanın ise alkol alışkanlığından kurtulmak ve hastalığının iyileşmesi konusunda gerekli sorumluluğu göstermediği, bu nedenle davalı kocanın kusurlu bulunduğu, davacı kadının ise bir kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle ilk hükümde direnilmiştir.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, evlilik birliğinin temelden sarsılmasına neden olan olaylarda, davacı kadının eşit kusurlu olup olmadığı, buna bağlı olarak davacı kadın yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilip edilmeyeceği noktalarında toplanmaktadır.

İlk olarak; yerel mahkemece, davalı koca kusurlu kabul edilerek verilen ilk kararın, boşanmaya ilişkin kısmının davalı tarafından temyiz edilmemesi nedeniyle kesinleşmiş olması karşısında, boşanma yönünden kabul edilen kusurun maddi ve manevi tazminatın belirlenmesinde kesin hüküm oluşturup oluşturmadığı, dolayısıyla işin esasına geçilip geçilmeyeceği hususu ön sorun olarak incelenmiştir.

Yapılan görüşmeler neticesinde, boşanma yönünden kabul edilen kusurun maddi ve manevi tazminatın belirlenmesinde kesin hüküm oluşturmayacağı 09.06.2010 tarihinde yapılan ilk görüşmede oyçokluğu ile benimsenmiş ve ön sorun da bu şekilde aşıldıktan sonra, işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

Tazminata konu olan olayla da tarafların kusur durumlarına gelince:

Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastaneleri Psikiyatri Anabilim Dalı Başkanlığının 29.08.2005 tarihli yazısı, 29.08.2005 ve 21.11.2005 tarihli müşahade raporlarından ve davacı tanık beyanlarından; davacının, 07.04.2006 evi terk tarihinden önce davalı eşini alkol tedavisi için iki kez doktora götürdüğü, davacının bu gayret ve desteklerine rağmen davalı kocanın alkol alışkanlığını bırakmadığı ve sorumsuz davranışlarına devam ederek, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan ve tazminat gerektiren olaylarda tam kusurlu olduğu anlaşılmıştır.

Davalı eşin kendi isteği ile alkol tedavisi için hastaneye yatarak tedavi görmesi, ancak olumlu bir sonuç alamaması olayı, davacının 07.04.2006 tarihinde davalının kusuru nedeniyle evi terk etmesinden sonra gerçekleştiğinden, bu aşamada davacının kocasının rahatsızlığı ile ilgilenmemekten kaynaklanan bir kusuru olduğunun kabulü mümkün değildir.

Hal böyle olunca, yerel mahkemenin evlilik birliğinin temelden sarsılmasına neden olan ve tazminat gerektiren olaylarda davalının tam kusurlu olduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talebinin kısmen kabulü yönündeki direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, tazminat miktarına yönelik davalı vekilinin temyiz itirazları Özel Dairece incelenmediğinden, dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, mahkemenin kusurun varlığı ve maddi ve manevi tazminat takdiri gerektiğine ilişkin direnme kararı yerinde olmakla, davalı vekilinin Özel Dairece incelenmeyen tazminat miktarına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 2.Hukuk Dairesine gönderilmesine, 09.06.2010 tarihli ilk görüşmede nisap sağlanamadığından 16.06.2010 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacı kadın tarafından davalı kocası aleyhine Türk Medeni Yasasının 166/1 maddesine göre boşanma davası açılmış bu dava ile birlikte maddi ve manevi tazminat istemlerinde bulunmuştur. Mahkemece boşanmaya neden olan olaylarda davalı kocanın tam kusurlu olduğu kabul edilerek boşanmaya, maddi ve manevi ödence istemlerinin de kısmen kabulüne karar verilmiştir. Davalı koca temyizinde boşanma kararını temyiz etmemiş ancak kararı kusur, tazminat, nafaka ve vekalet ücreti yönünden temyiz etmiştir. Görüldüğü gibi davalı kocanın boşanma kararını ne gerekçeden ne de hüküm fıkrasından dolayı bir temyizi Söz konusu değildir. Böyle olunca boşanmaya neden olan olaylarda davalı kocanın tam kusurlu olduğu yolunda taraflar arasında kesin hüküm oluşmuştur. Bu nedenle artık boşanmaya neden olan aynı zamanda tazminata da konu olan olaylarda artık ne mahkemenin ne de Yargıtay'ın kusur incelemesi ve irdelemesi mümkün değildir. Bunun dışında kusur incelemesi yapılarak boşanmaya ve tazminata esas olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olduğunu söylemek kesin hüküm kuralına aykırıdır. Hüküm fıkrası ile sıkı sıkıya bağlı olan gerekçenin kesin hüküm teşkil edeceği yargısal uygulamada ve doktrinde sapma olmaksızın kabul edilmektedir. Özel Dairenin eskiden beri uygulaması da bu yöndedir. Örneğin 2. Hukuk Dairesi 11.2.1982 gün ve 8582/1186 sayılı kararında hakimi hüküm vermeye hukuken zorlayan gerekçenin kesin hüküm niteliğinde olduğu kabul edilmiştir(Y.K.D. 1982/6-784-786). Keza Özel Daire başka bir kararında yoksulluk nafakasının boşanmanın eki niteliğinde olduğunu, boşanmada kusur tespit edilmese ise bu hususun kesin hüküm ve bunun sonucu olarak kesin delil oluşturacağını, hüküm fıkrası ile gerekçesi arasında zorunlu bir bağ varsa hükmün gerekçesinin de kesinlik kazanacağını, kesinlik kazanan bir hükmün sonuçlarının ancak yargılamanın iadesi yolu ile mümkün olduğunu bunun dışında hükmün dayısı ile gerekçenin sonuçlarını kaldırmanın mümkün olmadığını, boşanma davası ile kesinleşen kusurluluk olayının yoksulluk nafakası için de kesin hüküm ve kesin delil teşkil edeceği açıkça belirtilmiştir.(Y.2.H.D. 10.2. 1993 668/1096 Esat Şener-Nafaka .1994/130-131 Baki Kuru Hukuk Muhakemeleri Usulü 2001 cilt-5 sayfa 5050- 5053). Özel Dairenin bu konuda birçok yeni içtihatları da bulunmaktadır. Hatta Özel Daire tenfiz veya tanınması yapılan yabancı mahkeme kararlarındaki boşanma ile ilişkin kesinleşmiş kusur oranının Türkiye'de açılan tazminat davalarında esas alınması gerektiğini yeniden kusur incelemesine girilemeyeceğini çok açık biçimde kabul etmektedir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında davacının boşanma davasında ayrıca tazminat talebinde bulunmaması halinde ve boşanma kesinleştikten sonra tazminatla ilgili olarak açılacak bir davada kusur oranı boşanma davasında kesinleştikten yeniden kusur araştırılmasına girilemeyeceği ancak burada boşanma ve tazminat birlikte talep edildiğinden ve temyizde kusura da itiraz edildiğinden durumun farklı olduğu ve tazminat yönünden kusurun incelenebileceği dile getirilmiştir. Bu görüşe hukuki olarak katılmak mümkün değildir. Çünkü boşanma davası ile birlikte tazminat istenmesi halinde boşanma kararındaki kusur oranının kesinleşmesini engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Boşanma kararı temyiz edilmeyerek kesinleştiğine göre ister boşanma davası ile birlikte açılmış olsun isterse tazminat davası ayrı açılmış olsun artık kusur oranı kesinleşmiştir. Bu durumda kesin hüküm nedeni ile davalı kocanın tazminat kararını kusur yönünden temyizinin dikkate alınmaması gerekir. Boşanma ile birlikte kesinleşen kusur oranının ayrı açılan tazminat davasında hükme esas alınması, boşanma ile birlikte açılan tazminat davasında kesin hüküm sayılmamasının hukuki bir dayanağı yoktur.

Özellikle belirtmek gerekir ki davalı kocanın boşanma kararını temyizi yoktur. Bu nedenle boşanma kararı davalıyı tam kusurlu sayan gerekçesi ile birlikte kesinleşmiştir. Zaten Özel Daire bozma kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine de karar vermiştir. Burada bir husus düşünülebilir, o da davalının kusura itirazının aynı zamanda boşanma kararının gerekçesinin de temyizi olduğunun kabulüdür. Böyle kabul edildiği taktirde de Özel Dairenin (sair temyiz

itirazlarının reddine) diyerek boşanma kararını gerekçesi yönü ile kesinleştirmemesi ve (mahkemece boşanmaya neden olan olayda davalı tam kusurlu sayılarak boşanmaya karar verilmiş ise de dosya kapsamına göre olaylarda her iki tarafın eşit kusurlu olduğu, ancak evlilik birliğinin devamında imkan bulunmadığından sonuç olarak boşanmaları yönünde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmadığından sonucu itibarı ile doğru olan boşanma kararının onanmasına) biçiminde hüküm kurulması böylelikle davalının boşanmaya neden olan olayda tam kusurlu olduğu yönünde kesin hüküm oluşmasının önlenmesi bundan sonra tazminatın irdelenmesi gerekirdi. Ancak bu yapılmamış, davalının boşanmadaki tam kusuru kesinleşmiş, ancak tazminata gelince taraflar eşit kusurlu sayılmıştır.

Hukuk Genel Kurulu sonuçta boşanmaya ve tazminata esas olan olayla da mahkeme kararında belirtildiği gibi tam kusurlu saymıştır. Ancak bu her zaman böyle olmayabilir. Hukuk Genel Kurulu davanın dayanağı olan olayla da, Özel Dairenin bozma kararında belirttiği biçimde, tazminat yönünden tarafları eşit kusurlu saydığı takdirde ne olacaktır? Yerel mahkeme zorunlu olarak Hukuk Genel Kurulu kararına uyup hüküm kuracaktır. Boşanma kararı kesinleşmiş ve bozma ilamının kapsamı dışında olduğundan bu konuda yeniden hüküm kurulmayacak sadece eski hüküm tekrarlanacaktır. Bu durumda mahkeme kararı şöyle oluşacaktır: (1- Taraflar arasında boşanmaya neden olan olaylarda davalı koca tam kusurlu bulunduğu tarafların şiddetli geçimsizlik nedeni ile boşanmalarına 2- Boşanmaya neden olan olaylarda Yargıtay Özel Dairesi ve buna göre oluşturulan Hukuk Genel Kurulu bozma ilamına göre taraflar eşit kusurlu bulunduğu davacının tazminat istemlerinin reddine). Böylelikle aynı olaya iki ayrı kusur oranı verilmiş olunacaktır ki bunun hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

Sonuç olarak bir olaya hukuken iki ayrı kusur oranı verilmesi mümkün olmadığından, boşanma kararının kesinleşmesi ile davalının tam kusurlu olduğu hususu da kesinleşmiş bulunduğu, boşanmadaki kusur oranı kesinleştikten sonra davalının tazminat isteminde kusura itirazının hukuki anlamda sonuç doğurması mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle ön sorun oylamasında esasa geçilmesi yönündeki Hukuk Genel Kurulu kararına katılamıyorum. Dosyanın tazminat miktarının incelenmesi bakımından Özel Daireye gönderilmesi gerekirken tazminata hükmedilmemesi yönünde oluşturulan Hukuk Genel Kurulu kararına karşıyım.

MENFİ TESPİT DAVASI • DİRENME

ÖZET: Yargıtay'ca bozulan karardan sonra bozma gerekçelerine dayalı olarak oluşturulan karar, yeni bir karar olup, direnme kararı olarak değerlendirilemez.

Dosya'nın Y.H.G.K.'ya değil, ilgili daireye gönderilmesi gerekir.

YHGK E: 2010/11-357 K: 2010/390 T: 14.07.2010

Taraflar arasındaki "menfi tespit ile itirazın iptali" davalarından dolayı yapılan yargılama sonunda; Antalya 1. Asliye Ticaret Mahkemesince asıl davanın reddine, karşı davanın kısmen kabulüne dair verilen 26.10.2007 gün ve 2006/199 E., 2007/523 K. sayılı kararın incelenmesinin davacı-karşı davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 20.05.2009 gün ve 2008/2072 E., 2009/6037 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacı vekili, müvekkili tarafından elektronik cihaz sigorta sözleşmesi ile sigortalı davalıya ait MR cihazında hasar meydana geldiğini, hasar bedeli olarak 4.048 TL ödeme teklifinin davalı tarafından kabul edilmediğini ve

müvekkili hakkında 20.897,21 TL takip başlatıldığını ileri sürerek, müvekkilinin davalıya borçlu olmadığıнын tesbitini talep ve dava etmiştir.

Davalı-karşı davacı vekili, hasar bedelinin 17.905 TL olduğunu savunarak, asıl davanın reddini, karşı dava olarak da, hasar bedelinin tahsili için başlatılan takibe davacı-karşı davalının haksız ve kötü niyetli olarak itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptali ile icra inkar tazminatının davacıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, hasarın polİçe teminat kapsamı içinde bulunduğu gerekçesiyle, asıl davanın reddine, karşı davanın kısmen kabulü ile, 16.114,50 TL üzerinden takibin devamına ve %40 icra inkar tazminatının davacıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davacı-karşı davalı vekili temyiz etmiştir.

Asıl dava, elektronik cihaz sigorta sözleşmesine dayalı tazminat için başlatılan takip nedeniyle borçlu olunmadığını tesbiti, karşı dava ise, anılan sigorta sözleşmesi nedeniyle tazminat alacağı için başlatılan takibe yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir.

Somut olayda, davalıya ait MR cihazı kesintisiz güç kaynağının kullanılması kaydı ile elektriksel nedenlerle meydana gelen hasarları da kapsayacak şekilde davacı tarafından sigorta teminatı altına alınmış, 5.7.2005 tarihinde cihazın final stage elektronik kartı arızalanmış ve davacı tarafından arızanın anılan karttaki malzeme yorgunluğu nedeniyle meydana geldiğı ve bu nedenle teminat kapsamı dışında olduğu iddia edilerek, davacı tarafından hasar bedeli ödenmemiştir.

Mahkemece tayin edilen bilirkişiler tarafından hazırlanan raporda, hasarlanan elektronik kart için malzeme ömründen ve mekaniksel bir ömürden bahsetmenin mümkün bulunmadığı, arızanın MR cihazının elektrik dalgalanmasından korunmuş olmaması nedeniyle meydana geldiğı, polİçe özel şartında ise elektriksel arızaların kesintisiz güç kaynağının bulundurulması halinde teminat kapsamında sayıldığı, ancak kesintisiz güç kaynağının bulunmaması nedeniyle oluşan hasarın teminat kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir.

Mahkeme ise gerekçesinde, davacının hasar bedelini ödememe sebebi olarak MR cihazının elektronik kartının ömrünü tamamladığı ve bunun da teminat kapsamı dışında olduğu olgusuna dayandığı, ancak alınan bilirkişi raporunda elektronik karttaki arızanın malzeme ömrünün tamamlanmasından değil, elektrik akımının dalgalanmasından meydana geldiğinin tesbit edildiğı, davacının ise hasarın teminat dışı olduğuna ilişkin bu durumu savunma olarak öne sürmediğı, bu durumda arızanın elektronik kartın ömrünün tamamlanması nedeniyle meydana gelmediğinin belirlenmesi karşısında davacının hasar bedelini ödemekle yükümlü olduğu gerekçesiyle, yazılı şekilde hüküm tesis edilmiştir.

Oysa, davacı vekili tarafından verilen replik dilekçesinde her ne kadar hasarın elektronik kartın ömrünü tamamlaması nedeniyle meydana geldiği, bunun da teminat kapsamı dışında bulunduğu belirtilmiş ise de, davalı tarafından başlatılan takibe yapılan itirazdan sonra davacı iş bu davayı açmakla, rizikonun her yönü ile baştan beri teminat dışı olduğunu iddia etmiş olup, mahkemece, davacının bu yöndeki iddialarının araştırılması gerekmektedir.

Bu itibarla, mahkemece, davaya konu MR cihazında meydana gelen arızanın sigorta özel ve genel şartları değerlendirilerek teminat kapsamı içinde olup olmadığı, davalı-karşı davacının güç kaynağı bulundurup bulundurmadığının gerektiğinde yerinde yapılacak keşif ile belirlenerek oluşacak sonuca göre bir hüküm verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı-karşı davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Asıl dava, icra takibine konu alacaktan dolayı borçlu bulunulmadığının tespiti; karşı dava ise, itirazın iptali ve takibin devamı istemlerine ilişkindir.

Yerel mahkemece; davacı-karşı davalı sigorta şirketi tarafından elektronik cihaz poliçesi ile sigortalanan cihazın parçasında metal yorgunluğundan dolayı hasar meydana geldiği savunmasına dayandığı, ıslah edilmeyen bu savunmasının aksinin bilirkişi raporu ile kanıtlandığı gerekçesiyle menfi tespit davasının reddine, itirazın iptali davasının ise yine bilirkişi raporu uyarınca kısmen kabulüne karar verilmiş, davacı-karşı davalı sigorta şirketi vekili tarafından temyiz edilen karar Özel Daire tarafından yukarıda yazılı gerekçelerle bozulmuştur.

Bozmadan sonra yerel mahkemece bu kez; davacı-karşı davalının ödeme definde bulunduğu ve sigorta eksper raporu ile tespit edilen miktarı ödeme teklifinde bulunduktan sonra hasarın tamamının kapsam dışı olduğu olgusuna dayanamayacağı, ayrıca cihazın güç kaynağı ile kullanıldığının ilk kararda da belirtildiği ve bu yönde ileri sürülen delillere itiraz olmadığı, davacı-karşı davalı savunmasının dayandığı metal yorgunluğu hususunun gerçekleşmediğinin kanıtlandığı gerekçeleriyle, ilk kararda direnildiğini ifadeyle önceki karar yönünde hüküm kurulmuştur.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki inceleme sırasında öncelikle; temyize konu kararın direnme kararı mı yoksa yeni bir hüküm mü olduğu dolayısıyla temyiz incelemesinin Özel Dairece mi Hukuk Genel Kurulu'na mı, yapılacağı ön sorun olarak ele alınmıştır.

Bilindiği üzere, direnme kararının varlığından söz edilebilmesi için; bozulan ilk kararda yer verilmiş olan hususların direnmeye konu edilmesi ve gerekçenin ancak yine ilk kararda yer alan ana çerçeveden çıkılmadan, ilk gerekçeyi güçlendirmeye yönelik yasal sınırlar içinde kalınarak genişletilmiş olması ile bozmadan sonra bozma içeriğinden esinlenilerek bir araştırma yapılmaması veya ilk karardan farklı bir karar verilmemesi gerekmektedir.

İlk kararda hiç yer verilmemiş değerlendirmelerin bozmadan esinlenilerek ve bozmada işaret olunduğu şekilde yapılmış olması durumunda ortada bir direnme kararının bulunduğundan söz edilemez.

Somut olayda Yerel mahkemece direnme olarak adlandırılan kararda ilk karar gerekçesinde yer almayan; ödeme definde bulunanın hasarın tümünden kapsam dışı olduğu iddiasına dayanamayacağı, hasarı sigorta kapsamına alan güç kaynağının varlığının tartışıldığı, mevcudiyetinin belirlendiği ve aksinin savunulmadığı, cihazın güç kaynağına ilişkin delillere itiraz edilmediği, davacı-karşı davalı savunmasının dayandığı metal yorgunluğu hususunun gerçekleşmediğinin kanıtlandığı, gerekçelerine dayandırılmıştır.

Kararda yer alan bu gerekçeler ilk kararda yer almadığı gibi, yasal sınırlarda bir genişletme olarak da kabul edilemez. Karar bu haliyle, bozma kararından esinlenerek oluşturulan yeni gerekçelere dayalıdır.

Bu durumda, ortada varlığından söz edilebilecek bir direnme kararı mevcut olmayıp, bozmadan önce verilen ilk kararda dayanılmayan, bozmadan sonraki kararda dayanılan açıklanan hususların irdelendiği yeni bir hükmün bulunduğu kabulü gerekir.

O itibarla, yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklandığı üzere, davacı-karşı davalı vekilinin yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 11. HUKUK DAİRESİNE **GÖNDERİLMESİNE**, 14.07.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

İCRA İNKAR TAZMİNATI • LİKİT ALACAK KAVRAMI • MAL İADESİ YIPRANMA PAYI

ÖZET: Likit bir alacaktan söz edilebilmesi için alacağın gerçek miktarının bedeli ve sabit olması veya borçlu tarafından alacağın tüm unsurlarıyla tespitin mümkün olması gerekir.

Bir malın bir süre kullanıldıktan sonra bedelinin iadesi sorumluluğunun doğması halinde fatura bedelinden bir miktar yıpranma payının düşürülmesi hakkaniyet gereğidir. Buradaki

yıpranma miktarının tespiti teknik bir konudur. Dava'nın tarafları ve özellikle borçlu yıpranma payını peşin olarak bilemez. Bu nedenle yıpranma payının düşüleceği durumda alacağın likit olduğundan söz edilemez.

YHGK E: 2010/19-376 K: 2010/397 T: 14.07.2010

Taraflar arasındaki "itirazın iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce davanın "kısmen kabulüne" dair verilen 04.06.2008 gün ve 2007/939 E- 2008/590 K. sayılı kararın incelenmesi, taraflar vekillerince istenilmesi üzerine, Yargıtay 19.Hukuk Dairesinin 09.11.2009 gün ve 2009/1065- 10295 sayılı ilamı ile;

("...Davacı vekili, davalının müvekkili bankanın yatırım müşterisi olduğunu, 12.05.2006 ve 06.07.2006 tarihlerinde davalıya yatırım işlerinde kullanması amacıyla (6) adet bilgisayar cihazı teslim edildiğini, bir süre sonra davalının müvekkili ile çalışmaması üzerine müvekkilince bilgisayarların iadesinin istendiğini, ancak iade edilmediğini bunun üzerine başlatılan icra takibinin davalının haksız itirazı sonucu durduğunu belirterek itirazın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, dava konusu bilgisayarların müvekkilinin davacı banka ile çalışmaya başlaması için hediye olarak verildiğini, malların mülkiyetinin davalıya ait olduğunu, bu durumun bankacılıkta yaygın bir uygulama olduğunu, ödeme emrinde cihazlar için talep edilen miktarların fahiş olduğunu bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre malların davalıya kullanım amaçlı verildiği, davalının hibe savunmasını kanıtlayamadığı, malların değerinden yıpranma değerinin düşülmesi gerektiği gerekçeleriyle davanın kısmen kabulüne, davalının itirazının kısmen iptaline, takibin 3.838.72 TL asıl alacak, 65.72 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 3.904.44 TL üzerinden asıl alacağa takipten itibaren % 25 faiz tahakkuk ettirmek suretiyle devamına, fazla istemin reddine, taraflar lehine icra inkar tazminatına hükümlenmesine yer olmadığına karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalının tüm, davacının ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan öteki temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Somut olayda dava konusu alacak bilinebilir (muayyen, likit) olduğundan hüküm altına alınan miktar üzerinden davacı lehine icra inkar tazminatına karar verilmesi gerekirken bu yöndeki talebin reddedilmiş olması, İİK'nın 67/2. maddesine aykırılık oluşturur...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesine dayalı itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istemine ilişkindir.

Davacı/alacaklı, bankanın yatırım müşterisi olan davalıya yatırım işlemlerinde kullanılması ve bankayla çalışmasında kolaylık sağlaması için altı adet bilgisayar cihazının 12.5.2006 ve 06.07.2006 tarihlerinde teslim edildiğini, davalının banka ile çalışmayı bırakması üzerine teslim edilen cihazları aynen veya olmadığı takdirde bedelini iade etmesi için 12.3.2007 tarihinde ihtarname keşide edildiğini, davalının icra takibine haksız olarak itiraz ettiğini iddia ederek davalının itirazının iptaline ve %40'dan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmolunmasını istemiştir.

Davalı/borçlu aletlerin borsada yüksek hacimli alış verişler yapan müşterilere iade edilmemek üzere verildiğini, bir süre davacı banka ile çalıştığını, bu süre içerisinde bankaya daha fazlasını kazandırdığını, cihazlar için talep edilen bedelin fahiş olduğunu, ifadeyle davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece itirazın iptaline yönelik istemin kısmen kabulüne, icra inkar tazminatı isteminin reddine ilişkin N kurulan karar Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hükmü temyize davacı/alacaklı vekili getirmiştir.

Uyuşmazlık, dava konusu alacağın bilinebilir (muayyen, likit) olup olmadığı, belirlenecek sonuca göre İİK'in 67/2. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu(İİK)'in 9/11/1988 gün ve 3494 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değişik 67. maddesinin 2. fıkrasında; "Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde kırkıdan aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkum edilir." hükmü yer almaktadır.

Görülmektedir ki, İİK'in 67. maddesi icra takibine karşı borçlunun yaptığı itirazın iptali ile İİK'in 66. maddesine göre itiraz üzerine duran takibin devamını amaçlamaktadır. Takip hukukundan doğan bu davada tespit edilecek husus, borçlunun icra takibine yapmış olduğu itirazında takip tarihi itibarı ile haklı olup olmadığının belirlenmesidir. İcra inkar tazminatının kanuna konuluş amacı da borçlu olduğu miktarı bilebilecek veya bu miktarı tayin edebilecek durumda olan borçlunun, ödeme emrinin tebliği üzerine icrada borcunu inkar etmesini önlemektedir. Bu nedenledir ki, diğer yasal koşulların yanında, takibe konu alacağın likit olması da zorunludur.

Likit bir alacaktan söz edilebilmesi için ise; ya alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün

unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez. Diğer bir anlatımla, icra inkar tazminatı, alacaklının genel mahkemede açtığı itirazın iptali davası sonucunda borçlunun itirazının haksızlığına karar verilmesi durumunda alacaklı yararına hükmolunan icra hukukuna özgü bir tazminattır. Borçlunun ne kadar borçlu olduğunun saptanması ve itirazında haklı olup olmadığının belirlenmesi ön koşuldur. Borçlunun ödeme emrine karşı itirazın yapıldığı andaki durumu itibariyle haksızlığı saptanacak ancak haklı çıkma durumuna uygun alacak miktarı esas alınarak alacaklı yararına icra inkar tazminata hükmedilmesi gerekecektir.

İcra inkar tazminatı açısından somut olaya bakıldığında: davacı bankanın davalı müşterisine fatura bedeli 4.838,73 TL olan 6 adet bilgisayarı teslim ettiği, davalının bir süre bilgisayarları kullandığı, davalı bankanın da bundan kazanç elde ettiği, davalının banka ile çalışmayı bırakması üzerine ihtar çekilerek bilgisayarların aynen olmadığı takdirde bedelinin geri istenildiği, istemin reddedilmesi üzerine bankanın 4.838,73 TL asıl alacak üzerinden icra takibi başlattığı, yapılan yargılama sonunda mahkemece bilgisayarların fatura bedeli üzerinden "Cihazların tahminen 10 ay kadar yatırım işlerinde kullanıldığı, fatura tarihi itibariyle değil de temerrüdün gerçekleştiği tarih itibariyle cihazların değerinin dava edilmesi gerektiği..." gerekçesi ile yıpranma değeri olarak 1000 TL düşüldüğü ve mahkemenin bu kabulünün Özel Daire'ce onandığı anlaşılmaktadır.

Bu hukuki süreç anlatıldıktan sonra öncelikle şunu belirtmek gerekir ki: Özel Daire'ce yerel mahkemenin fatura değerinden yıpranma değeri olan 1000 TL düşüp 3838.73 TL üzerinden itirazın iptaline dair verdiği kararın onanmasının alacağı likit olmaktan çıkarıp çıkarmayacağı Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında tartışılmış; yıpranma değerinin tespitinin hakimnin hukuki bilgisi ile çözemeyeceği, bu konuda uzman teknik bir bilirkişinin yapacağı araştırma sonucunda belirlenebileceği dikkate alındığında, alacağın likit olma vasfını kaldıracağı kabul edilmiştir.

Bir malın bir süre kullanıldıktan sonra bedelinin iadesi mükellefiyetinin doğması halinde, fatura bedelinden bir miktar yıpranma payının düşülmesi hakkaniyet gereğidir. Düşülecek bu miktarın ise uyumsuzluk konusu malın kullanım şekli, süresi, piyasaya sürüm hızı, malın yıpranma oranı, taraflara sağladığı faydalar gibi kriterler dikkate alınarak yargılama sırasında belirlenebilecek bir durumdur. Bu miktarın belirlenmesi ise az yukarıda açıklandığı üzere teknik bir konudur. Yıpranma değeri miktarının ne kadar olacağının davalı tarafından bilinmesinin mümkün olmadığı, miktarın yapılacak yargılama sonunda ortaya çıkacağı, bunun ise alacağı likit olmaktan çıkaracağının kabulü gerekliliği çoğunluk tarafından benimsenmiştir.

Bir kısım Genel Kurul üyeleri davalının tacir olduğunu, basiretli bir tacir gibi davranması gerektiğini, yıpranma bedeli düşülmesinin ticari hayatın olağan kaidesi olması gerektiği hususu dikkate alındığında, bu değer düşülmesinin davalı tacir açısından alacağı likit olmaktan çıkarmayacağı ileri sürülmüş ise de, buna karşı çoğunluk tarafından davacının da tacir olduğu bu durumda davacının da talebini yıpranma değerinin düşerek yapması gerektiği görüşüyle karşı çıkmış ve ileri sürülen bu azınlık görüşü kabul görmemiştir.

Bu kabul şekline bağlı olarak, itirazın iptali halinde alacaklının icra inkar tazminatı isteyebilmesi için gerek uygulamada, gerekse öğretilde öngörülen alacaklı "likit" yani muayyenlik ve belirlenebilirlik niteliği ve koşulunun bulunmadığı açıktır. Zira, takip tarihi itibarıyla takibe konu olacak miktarının yıpranma değerinin düşülmesi sonucu ortaya çıkacak olması ve bununda teknik bir konu olup araştırmayı gerektiriyor olması ve yukarıda açıklanan; alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması ve böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması ilkesi gözetildiğinde, gerek icra takip ve gerekse dava tarihi itibarıyla likit bir alacak bulunmamaktadır.

Hal böyle olunca, davalı/borçlunun icra inkar tazminatından sorumlu tutulması da hukuken olanaklı değildir.

Sonuçta, yerel mahkemenin icra inkar tazminatı isteğinin reddine ilişkin direnme kararı yukarıda açıklanan gerekçeyle doğru olduğundan onanması gerekir.

SONUÇ: Davacı/Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA**, gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 14.07.2010 gününde yapılan görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

BELEDİYE İLE KİRALAYAN ARASINDAKİ KİRA İLİŞKİSİ

KAMU İHALE KANUNU • KİRA KANUNU

ÖZET: Hukuk genel kurulunun önüne gelen uyuşmazlık; davalı kiralayan belediye ile davacı kiracısı arasındaki kira sözleşmesinin yenilemek suretiyle uzayıp uzamadığı bunun sonucu olarak davacının kiracılık sıfatının devam edip etmediğinin ilişkin anlaşmazlığa 6570 ve 2886 Sayılı

kanunlardan hangisinin uygulanacağı noktasında toplanmaktadır.

2886 sayılı Devlet İhaki Kanunu'nun 75/3. maddesinde, tahliyeyle ilişkin koşullar ile birlikte kira sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren işfalin devam etmesi haline sözleşmede hüküm varsa ona göre hareket edileceği aksi taktirde ecrimisil alınacağı hükmü yer almaktadır. Bu durumda 6570 Sayılı Kanun hükümleri uygulanamaz.

YHGK E: 2010/13-671 K: 2010/696 T: 22.12.2010

Taraflar arasındaki "kiracılığın devam ettiğinin tespiti ve muarazanın giderilmesi" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara II. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 29.04.2008 gün ve 2008/9/ E-166 K.sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 17.03.2009 gün ve 2008/13332-2009/3579 sayılı ilamı ile;

("...Davacı, mülkiyeti davalı belediyeye ait 15 adet çiçek büfesini davalının 2001 yılında dava dışı imar Belde A.Ş.'ye kiraya verdiğini, aynı yerlerin imar Belde A.Ş. tarafından kendisine devredildiğini, bundan sonra anılan çiçek büfeleri yönünden davalı ile 11.03.2004 gününde iki yıllık süre ile kira sözleşmesi imzaladıklarını, davalı belediyenin 03.03.2005 tarihli encümen kararına dayanarak sözleşmeyi fesh ettiğini, bundan sonra davalıya karşı idare ve adliye mahkemelerinde açtığı davaları kazandığını, bunun üzerine davalının 08.02.2008 tarihinde bir yazı gönderip, 11.03.2008 târihi itibariyle sözleşmenin sona ereceğini ve yenilenmeyeceğini bildirdiğini, kiralananların 6570 Sayılı Yasa kapsamında yerlerden olduğunu, 2886 Sayılı Yasa'nın 75. maddesi "hükümlerinin uygulanmayacağını ileri sürerek kiracılığının tespitine, muarazanın menine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, Sözleşmenin 14. maddesinde sözleşme sonunda kiralananın teslim edileceğinin yazılı olduğu, 2886 Sayılı Yasa'nın 75.maddesi kapsamında davacının füzuli işgal durumuna düştüğü gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava taraflar arasındaki sözleşmenin yenilenmek suretiyle uzadığından bahisle taraflar arasındaki kiracılık ilişkisinin devam ettiğinin tespitine ve çıkarılan muarazanın giderilmesine ilişkindir. Eldeki davada 15 adet çiçek büfesi davalı "belediye tarafından 11.03.2004 başlangıç tarihli sözleşme ile 2 yıl süreyle davacıya kiraya verilmiş olup, 2 yıllık sürenin dolması ile birlikte 11.03.2006 tarihinden itibaren süresi2 hale gelmiştir. Süresiz akitlerde BK'nın

* Gönderen: Ahmet Selim SARIKAYA, Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

** Dergimizin 2010 / 6 Sayısının 3775. sayfasında yayımlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına bakınız.

262.maddesi hükmünce 6 aylık dönemler için üç ay önceden davalı kiralayanın feshi ihbarda bulunması ve o dönemin sonunda da tahliye davası açması gerekir. 6 aylık dönemin bilinde tebliğ ettirilen ihtar ancak o dönemin sonunda, kiracının tahliyesi hususunda kiralayana tahliye talep hakkı verir. Davalı kiralayanın az yukarıda açıklanan yasanın Öngördüğü sürelerle riayet etmeksizin 05.02.2008 tarihli yazısıyla 11.03.2008 tarihinden itibaren sözleşmeyi yenilemeyeceğin bildirmesinin hiçbir hukuksal dayanağı yoktur. Hal böyle olunca mahkemece, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi usul ve yasaya aykırı olup. bozmayı gerektirir..."

gerekçesiyle davacı yararına bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KAKARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava; kiracılık ilişkisinin sürdüğünün tespiti ile davalının bu konuda çıkarttığı muarazanın meni istemine ilişkindir.

Mahkemece; kira sözleşmesinin 14. maddesinde sözleşme sonunda kiralananın her türlü hasar ve eksikten ari olarak boşaltılıp, emlak istimlak dairesine teslimi gerektiğinin yazılı olduğu, davalı/kiralayan belediye encümenince sona erecek olan sözleşmenin yenilenmeyeceği ve kiralananın kira müddeti sonunda boşaltılması konusunda karar alındığı, bunun kiracı/davacıya bildirildiği. 5393 sayılı Kanunun IS.maddesinin 3.fıkrasının 2.cümlesi ile 2886 sayılı Devlet, ihale Kanunu'nun 75.maddesi hükümlerinin Belediye taşınmazları hakkında da uygulanacağı hükmü getirildiğinden, bu uyuşmazlıkta 6570 Sayılı Kanun'un 11.maddesinin uygulama yeri olmadığı, kira müddetinin dolması ile sözleşme sona ereceğinden ve kiralayan belediye sözleşmeyi uzatmayacağını bildirip tahliye istediğinden kiracılık ilişkisinin sürmediği, kiralayan tarafından mahkemeden veya mülki amirden taşınmazın boşaltılmasının istenebileceği, gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire'ce yukarıda başlık bölümünde aynen yer verilen nedenlerle karar bozulmuştur.

Mahkeme önceki kararında direnmiş; hükmü temyize davacı vekili getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı kiralayan belediye ile davacı kiracısı arasındaki kira sözleşmesinin yenilenmek suretiyle uzayıp uzamadığı bunun sonucu olarak davacının fuzuli şağil olduğunun kabul edilip edilmeyeceği ve davacının kiracılık sıfatının devam edip etmediğine ilişkin anlaşmazlığa 6570 ve 2886 Sayılı Kanunlardan hangisinin uygulanacağı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle somut olayın, uyuşmazlığa etkili yönlerinin ve ilgili yasal düzenlemelerin ortaya konulmasında yarar vardır:

Mülkiyeti Belediye'ye ait olan 15 adet çiçek büfesi, 2886 Sayılı 36. maddesi uyarınca 29.05.2001 tarihinde yapılan ihale sonucunda, Çankaya İmar Belde AŞ'ye 2 yıl süreyle kiraya verilmiş olup, 20.06.2001 tarihinde kira sözleşmesi imzalanmıştır.

Daha sonra, kiralanan büfelerin kira sözleşmesi ve şartname hükümlerine göre davacı şirkete devri davalı belediyece uygun görülerek taraflar arasındaki 11.03.2004 tarihli kira sözleşmesi imzalanmış ve söz konusu büfeler davacı tarafından işletilmeye devam edilmiş; kira süresi de 2 yıl olarak belirlenmiştir.

Anılan Sözleşmenin 14.maddesi "Kiralama süresinin bitmesi veya herhangi bir nedenle sözleşmenin bozulması halinde kiralanan yeri kiracı her türlü hasar ve eksikten ari olarak boşaltır. Anahtarını bir tutanak karşılığında Emlak ve istimlak Müdürlüğüne teslim etmek zorundadır." şeklinde kararlaştırılmıştır.

Bu maddeye istinaden 05.02.2008 tarihinde kiralayan belediye encümenince büfelerin tahliyesi yönünde karar alınmış; kiracıya yapılan bildirimle kira sözleşmesinin süresinin bitiminden itibaren 14. madde gereğince büfelerin 15 gün içerisinde belediye'ye teslim edilmesi istenilmiştir.

Bilindiği üzere: 818 sayılı Borçlar Kanunu kira akdinden doğan davalarda genel ve temel Kanun durumunda olup, aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde uygulanacak olan bu Kanun'dur.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 1.maddesinde, bu Kanunun uygulama alanı, öncelikle Belediye teşkilatı olan yerlerle, belediye teşkilatı olmasa bile iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin kiralananmasıyla ilgili işlemler olarak belirlenmiştir. Ayrıca mecurun bu Kanun kapsamına girmesi için, bunların gayrimenkul olmaları ve musakkaf bulunmaları gereklidir.

Kısaca, kiraya verilen musakkaf yerlere ilişkin uyuşmazlıklara 6570 sayılı Kanun hükümleri uygulanmakta olup, gayri musakkaf taşınmaz mallar ise Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.

Her iki Yasanın ilgili maddelerinin hukuki sonuç ve hükümleri ile koruma amaçları tamamen birbirinden farklıdır.

Diğer taraftan, daha özel nitelikte olan 2886 sayılı Devlet ihale Kanunu'nun 75. maddesinde; Kira sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren, işgalin devam etmesi halinde, sözleşmede hüküm varsa ona göre hareket edileceği aksi halde ecrimisil alınacağı, işgalin devam etmesi halinde işgal edilen taşınmaz malın, idarenin talebi üzerine, bulunduğu yer mülki amirince en geç 15 gün içinde tahliye ettirilerek, idareye teslim edileceği, belirtilmiştir.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun belediyenin yetkilerini ve imtiyazlarını düzenleyen 15. maddesinde de, belediye mallarına karşı suç işleyenlerin Devlet malına karşı işlemiş sayılacağı, 2886 sayılı Devlet ihale Kanununun 75. maddesi hükümlerinin belediye taşınmazları hakkında de uygulanacağı belirtilmiştir.

Somut olay gelince: 2886 sayılı Devlet ihale Kanunu çerçevesinde yapılan ihale sonucunda taraflar arasında düzenlenen 11.03.2004 başlangıç tarihli ve 2 yıl süreli kira sözleşmesiyle, şehrin muhtelif yerlerine konulan 15 adet çiçek büfesinin davacı şirkete kiraya verildiği; sözleşmenin 14.maddesinde, kiralama süresinin bitmesi veya herhangi bir nedenle sözleşmenin bozulması halinde kiralanan yeri kiracının, her türlü hasar ve eksikten ari olarak boşaltacağı ve anahtarını bir tutanak karşılığında Emlak ve İstimlak Müdürlüğüne teslim etmek zorunda olduğuna dair hüküm bulunduğu, davalı kiralayan Belediye tarafından davacıya gönderilen 08.02.2008 günlü yazıyla, söz konusu yerin kira süresinin 11.03.2008 tarihinde sona erecek olması nedeniyle kira sözleşmesinin yenilenmemesi ve kira süresinin bittiği tarihte sözleşmenin 14.maddesi gereği boşaltılması belirtilmek suretiyle kira süresinin bitim tarihinden itibaren 15 gün içerisinde taşınmazın boş olarak tesliminin istendiği, aksi takdirde: 2886 sayılı Devlet ihale Kanununun 75. maddesine göre tahliyenin sağlanacağını bildirildiği dosya kapsamıyla sabittir ve bu yönler çekişmesizdir.

Davalı belediye kiralananı 2886 sayılı Devlet ihale Kanunu hükümlerine göre dava dışı Çankaya imar Belde AŞ'ye kiralamış adı geçen şirket de sözleşmede verilen yetkiye dayanarak büfeleri davacı şirkete kiralamıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75/3.maddesinde; tahliyeyle ilişkin koşullar ile birlikte kira sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren işgalin devam etmesi halinde sözleşmede hüküm varsa ona göre hareket edileceği, aksi halde ecrimisil alınacağı hükmü yer almaktadır.

Bu hüküm, esasen 2886 sayılı Kanun ile Hazine tarafından kiraya verilen taşınmazlara ilişkin olmakla birlikte: 13.07 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15.maddesinin 3. fıkrasının 2.cümlesinde, 2836 sayılı Kanunun belediye taşınmazları hakkında da uygulanacağı hüküm bağlanmakla; belediyelere ait taşınmazların kira sözleşmelerinde de 2886 Sayılı Kanun'un, 75. maddesi hükümleri uygulanacaktır.

Hal böyle olunca, somut olayda 6570 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulama yeri bulunmamakta; uyuşmazlığın 2886 Sayılı Kanun'un 75. maddesi çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir.

Şu durumda, anılan yasal düzenlemeye göre taraflar arasındaki kira sözleşmesinin, kira süresinin dolduğu 11.03,2008 tarihinde sona ereceği, sürenin dolması ile, kira akdinin süresiz hale gelmeyip sözleşmenin sona ermesi nedeniyle davacının füzuli şağil durumuna düştüğü davalı kiralayanın tahliye istemesinde haksız bir yön bulunmadığı anlaşılmakla, davanın reddine dair direnme kararı usul ve yasaya uygun olup; onanması gerekir.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçe ile **ONANMASINA**, gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına. 22.12.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

MUHALEFET ŞERHİ

Uyuşmazlık kira sözleşmeye konu bñfelerin hangi yasaya tabi olduğu, dolayısıyla araştırmanın yeterli olup olmadığı konusunda toplanmaktadır. Borçlar Kanunu uygulanmalı mıdır?

Yñce Genel Kurul ile Dairemiz arasındaki uyuşmazlık bñfelerin 6570. sayılı yasayı yoksa 2886. sayılı yasanın /5.maddesi kapsamında mı kalacağına ilişkindir.

Sözleşmeye konu bñfeler Çankaya Belediyesi tarafından 2886. sayılı yasa uyarınca ihaleye çıkartılmış ve Belediyenin yan kuruluşu olan Çankaya İmar Belde A.Ş. ihaleyi kazanarak 20.6.2001 tarihinde sözleşme imzalamış, akabinde sözleşmenin 8. maddesi uyarınca 15 adet bñfe davacı SZ İnşaat Ltd. Şti. tarafından devralınmış ve davalı ile 11.03.2004 tarihinde kira sözleşmesi imzalanmıştır.

Sözleşme uyarınca alt kiracıların bñfelerin işleticisi oldukları halen kira ilişkisinin devam ettiği ve davacı şirketin de İmar Belde A.Ş.'ye kiralayan olduğu ihtilafsızdır.

İlk muaraza 2005 yılında çıkmış Ankara 15. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararıyla SZ İnşaat Ltd. Şti.'nin açmış olduğu dava sonucu davacı şirketin kiracılığının tespitine ve muarazanın giderilmesine karar verilmiş olup, bu karar Yüksek 3. Hukuk Dairesince onanarak kesinleşmiştir. Bu kararda bñfelerin musakkaf niteliğı belirtilerek kesin delil haline gelmiştir.

Öte yandan kiralanan bñfelerin tahliyesi yönündeki 2005 tarihli encñmen kararı da idari yargının kesinleşen kararıyla iptal edilmiştir.

Bu aşamalardan geçen uyuşmazlıkta bu kez Çankaya Belediye encñmeninin almış olduğu 05.02.2008 tarihli kararının uygulanması amacıyla davacı SZ İnşaat Ltd. Şti.'ye ihtarname göndererek ve gönderenin kira süresinin 11.03.2008 tarihinde sona ereceğinden bahisle bñfelerin 15 gün içerisinde tahliye edilmesini bildirmiş, bu gelişmelerden sonra eldeki bu dava açılmıştır.

Davacı SZ İnşaat Ltd. Şti. davaya konu bñfelerin önceki yargı kararının 6570 sayılı yasa kapsamında kaldığı, buna karşın Belediye Encñmenince 05.02.2008 tarihli kararının uygulanması amacıyla kendilerine ihtar gönderildiğini, kendilerinin de durumu alt kiracılara bildirdiklerini, davalı Belediye tarafından çıkartılan muarazanın önlenmesini istemiştir.

Davalı Belediye, davanın reddini dilemiş, mahkemece, davanın reddine karar vermiş, davacının temyizi üzerine, Dairemizce BK.'nın 262. maddesi hükümlerinin uygulanması gerektiğinden bahisle karar 6 aylık dönemler itibarıyla 3 ay öncesinden feshi ihbar çekilmesi gerektiğı, bu sürele uyulmadığı, davanın reddinin gerektiğı gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Mahkemece direnme kararı verilmiştir.

Genel kurulun önüne gelen bu uyuşmazlıkta hangi yasa ya da yasalar uygulanacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; kamu düzeni kavramı içerisinde hukuk kurallarının kendiliğinden uygulanması değerlendirildiğinde, kanunları uygulamak Hakimın görevidir. Kamu düzeni kavramı ve bunun uygulanması ciltler dolusu yayınlarla açıklanmıştır. Hakimın Türk Kanunları uyarınca karar vereceğı ve resen uygulanacağı HUMK. 76. maddesinde de vurgulanmıştır. Öyleyse bu uyuşmazlığa hangi kanun maddeleri uygulanacaktır. Bu konuyla ilgili olarak yasal düzenlemelerden genel hatlarıyla bahsetmek yerine bu konuyla ilgili olarak Genel Kurul'un önüne gelen emsal bu uyuşmazlıktan alıntı yapmakla yetineceğiz. Zira somut olay ile emsal karar birbirine benzemekte ve ışık tutmaktadır.

Hukuk Genel Kurulunun 05.07.2009 gün ve 2009/13-289-321 sayılı olup, tam metin şöyledir;

"Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiğı anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereğı görñşñldü:

Dava; kiracılığın tespiti ve davalının bu konudaki muarazasının meni istemine ilişkindir.

Yerel Mahkeme; taraflar arasındaki kira sözleşmesinin özel şartlar bölümünün 1. maddesiyle, davalı idarenin belli şartların oluşması halinde kira sözleşmesini tek taraflı feshetme hakkını kendi uhdesinde tuttuğı, davacının da bunu kabul ettiği, sözleşmenin anılan maddesinde sözü edilen yap işlet devret modeli çerçevesinde Gümrük Müsteşarlığı ile Gümrük ve Turizm işletmeleri A.Ş. ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğı arasında sözleşme imzalandığına ve

davalı idare sözleşmedeki hüküm gereğince kira sözleşmesini feshettiğine göre, fesih işleminde sözleşmeye aykırı herhangi bir yön bulunmadığı, taşınmazın 2886 Sayılı Yasaya göre kiraya verildiği, sözleşmede taraflar fesih hak ve yetkisini iradeleri ile kabul ettiğine göre, sözleşme 6570 Sayılı Yasa kapsamına dahil olsa dahi, sözleşmede belirtilen şekilde davalının şartlar oluştuğunda sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacağı, sözleşmeye uygun fesin nedeni ile taşınmazda fuzûlî şağil durumuna gelen davacının 2886 Sayılı Yasanın 75. maddesi gereğince tahliyesinde de hukuka aykırı bir yön bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş" Özel Daire metni yukarıda bulunan ilamla bu kararı bozmuş; Yerel Mahkeme önceki gerekçesini tekrarlayarak ve sözleşmenin 1. maddesindeki tahliyeyle ilişkin hükmün, ancak sözleşmenin devamı sırasında uygulanabileceğini belirterek direnme kararı vermiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu çerçevesinde yapılan ihale sonucunda taraflar arasında düzenlenen 10.12.2004 başlangıç tarihli ve beş yıl süreli kira sözleşmesiyle. Kapıkule Gümrük sahası Çıkış Ünitesinde bulunan mağazanın davacı şirkete kiraya verildiği; sözleşmenin Özel Şartlar bölümündeki 1. maddede Yap-İşlet-Devret modeline ilişkin protokolün Gümrük Müsteşarlığınca imzalanması veya serbest bölge çalışmalarının başlaması halinde, kira sözleşmesinin tek taraflı olarak feshedileceğine kiracının Hazmeden hiçbir hak ve tazminat talebinde bulunmadan, yapılacak tebligatı takip eden 15 gün içerisinde taşınmazı tahliye edeceğine dair hüküm bulunduğu, bu hükümde söz edilen Yap-İşlet-Devret modeline ilişkin sözleşmenin 27.08.2007 tarihinde imzalandığı, davalı tarafından davacıya gönderilen 02.01.2008 günlü yazıyla. Kapıkule Gümrük Sahasında modernizasyon çalışmalarına başlanılacağı gerekçesiyle kira sözleşmesinin tek taraflı olarak feshedildiği belirtilmek suretiyle tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde taşınmazın boş olarak tesliminin istenildiği, aksi takdirde: 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75.maddesine göre tahliyenin sağlanacağını bildirildiği dosya kapsamıyla sabittir ve bu yönler çekişmesizdir.

Görülmekte olan davada, davacı vekili, 2886 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan ihale sonucunda taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin 6570 Sayılı Kanuna tabi bulunduğunu ileri sürmüş ve kiracılığın tespiti istemini bu gerekçeye dayandırmıştır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmede, taraflar arasındaki kira sözleşmesinin tahliye sebepler bakımından 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun kapsamında olup olmadığı hususu öncelikle tartışılıp, değerlendirilmiştir.

18.05.1955 tarihinde kabul edilen 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 14. maddesinde "2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanununa tabi olarak kiraya veriler gayrimenkuller hakkında da bu kanun hükümleri tatbik olunur." hükmü bulunmaktadır.

Bu hükümde atıf yapılan 02.06.1934 tarih ve 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu, sonradan 08.09.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 94. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış, ancak, 6570 sayılı Kanunun 14. maddesinde bu yönden bir değişiklik yapılmamış; böylece, anılan 14. madde, yürürlükte olmayan bir kanuna atıf yapan içeriğiyle varlığını sürdürmüştür.

Hem 2490 sayılı Artırma Eksiltme ve ihale Kanunu ve hem de onu yürürlükten kaldırarak aynı konuyu yeniden düzenleyen 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu; kamu kurumlarının satım, kira ve benzeri konularda yapacakları ihalelerin yöntemlerine, içeriklerine ve sonuçlarına ilişkin düzenlemeler taşımaktadırlar.

Gerek bu durum ve gerekse Kanun Koyucunun 2490 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen. 6570 sayılı Kanunun ona atıf yapan 14.maddesinde bir değişiklik yapma gereğinin duymamış olması, anılan 14.maddedeki atfın, 2490 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran ve onun yerine yürürlüğe giren 2886 sayılı Kanuna yönelik olarak da devam ettiğinin kabulünü gerektirmektedir.

Dolayısıyla; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre kiraya verilen taşınmazların da (6570 sayılı Kanunun 1. maddesinde öngörülen koşulları taşımaları halinde). 6570 sayılı Kanun kapsamında olacaklarının ve bunlara ilişkin kira sözleşmeleriyle ilgili olarak, ancak 7. maddede tahdidi olarak sayılar nedenlerden birine dayanılmak ve ilam alınmak suretiyle tahliyenin sağlanabileceğinin kabulü gerekir.

Somut olay bu çerçevede değerlendirildiğinde: Davalının kira sözleşmesini fesih beyanını ve tahliye istemini dayandırdığı, taraflar arasındaki kira sözleşmesinin yukarıda değinilen 1.

maddesinde öngörülen hal (Yap-işlet-Devret modeline ilişkin sözleşmenin imzalanmış olması), 6570 sayılı Kanunun 7. maddesinde tahdidi olarak düzenlenen tahliye sebepleri arasında yer almamaktadır.

Ne var ki; somut olayda, taraflar arasındaki kira sözleşmesine konu taşınmazın nitelikleri itibarıyla 6570 sayılı Kanun kapsamında bulunup, bulunmadığı (Kanunun 1.maddesinde öngörülen şekilde belediye teşkilatı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki örtülü taşınmazlardan olup, olmadığı) dosya kapsamından açıkça anlaşılamamaktadır.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece öncelikle davaya konu taşınmazın (kiralananın) 6570 sayılı Kanun kapsamında bulunup, bulunmadığı belirlenmek suretiyle, eğer anılan Kanun kapsamında ise davalının kira süresinin bitiminden önce sözleşmenin 1. maddesi hükmüne dayalı olarak yarattığı muarazanın önlenmesine ve davacının kira süresinin sonuna kadar bu sıfatının devam edeceğinin tespitine karar verilmesi; nitelikleri itibarıyla taşınmazın 6570 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığının belirlenmesi halinde ise, söz konusu sözleşme hükmüne geçerlilik tanınarak uyuşmazlığın çözülmesi gerekir.

Yerel Mahkemenin eksik incelemeyle ve yanılığlı değerlendirmeye dayalı olarak verdiği direnme kararı, açıklanan bu değişik gerekçeyle bozulmalıdır." denilmiş ve Mahkeme kararı bozulmuştur.

Özetle:

Yüce Genel Kurul kararında; "davaya konu mecurların niteliklerinin araştırılarak şayet 65/0 sayılı yasanın 1.maddesi kapsamında ise 14.maddedeki şartların oluşup oluşmadığı araştırılmalıdır" denilerek direnme kararı bozulmuştur. Bu karar ile 2886 sayılı yasanın 75. maddesi kapsamında bulunsu dahi taşınmazların 6570 sayılı yasanın 1.maddesinde tanımlanan kiralanan yer ise 2886 sayılı yasa değil, 6570 sayılı yasa hükümleri uygulanmalıdır.

Yerel Mahkemece taşınmazların bu niteliği üzerinde durulmamıştır. Dosyada mevcut bulunan Ankara 15. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 06.06.2006 Tarih ve 2005/84 Esas, 2006/174 karar sayılı kararı değerlendirilmemiş, keşfi dahi yapılmasına gerek görülmeden dava kabul edilmiştir.

Mahkemece 6570 Sayılı Yasa hükümleri tartışılmamış ve mecurun 5393 Sayılı Yasa'nın 5. maddesi delahiyetle 2886 Sayılı Yasa uyarınca tahliye edilmesi zorunluluğundan bahisle dava reddedilmiştir. Oysa az yukarıda açıklandığı üzere kanunların resen uygulanması "kamu düzenine ilişkin olup, yürürlükte bulunan 65/0 Sayılı Yasa'nın 14. maddesi uyarınca musakkaf nitelikte bulunan büfelerin kiralalanmasında bu yasa uygulanmalıdır.

Emsal Genel Kurul Kararı 08.07.2009 tarihli olup o tarihten bu zamana yasalarımızda bir değişiklik olmamıştır.

Uygulamada çelişkili kararların bulunmasının sakıncaları izahtan varestedir. Kaldı ki; taşınmazların musakkaf olup 6570 Sayılı Yasaya tabı oldukları az yukarıda açıklandığı üzere yargı kararı ile kuvvetli ve kesin delil olup, kısa bir süre sonra bunu yok saymak adil olmayacaktır.

Tüm bu nedenlerle sayın çoğunluğun aksi yönde oluşan onama düşüncesine katılmamaktayız.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

TAPU İPTAL ve TESCİLİ • İYİNİYET • YABANCI UYRUKLU KİŞİLER

ÖZET: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi gereğince, sicilin aleniyeti ve güvenirliği ilkesi gereği, taşınmazı sicilden ödenen iyi niyetli ikinci el ve ondan sonraki ellerin iktisapları konulabilecektir. Oysa, birinci el durumunda olan kişinin iktisabı gerçeği yansıtmayan ve hukuken korunmasına olanak bulunmayan belgeye dayalı olması ve yolsuz tescil niteliği takması sebebiyle TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğundan istifadesine yasal açıdan cevaz yoktur.

Y.1.HD. E: 2010/8760 K: 2010/13386 T: 14.12.2010

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı Hazine, çekişme konusu 715 ada 1, 714 ada 2, 739 ada 1 ve 736 ada 9 parsel sayılı talazlarda 2/3 pay sahibi Veli Eraksu'nun, Türk Vatandaşı olup, 29.05.1959 tarihinde öldüğünü; Feriha isimli kişinin Veli'nin tek mirasçısı olduğuna ilişkin aldığı veraset belgesine istinaden adına intikalini sağladıktan sonra, bu şekilde edindiği tüm payı satıp yoluyla elden çıkarttığını, Feriha adına intikale dayanak anılan veraset ilamının Üsküdar 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 6.10.1987 günlü, 1978/ 51 esas, 1987/ 1358 karar sayılı kararıyla iptal edilerek, Arnavut uyruklu Abdurrahman, Rıza ve Hekuran'ın sadece taşınır mallar yönünden Veli mirasçıları olduğunu, taşınmazlar yönünden ise, iki ülke arasında karşılıklılık (mütekabiliyet) bulunmadığından 2644 sayılı Tapu Kanunun 35. maddesi hükmü gereğince Hazinesin mirasçı olduğunun tespiti karar verildiği ve kesinleştiğini, yolsuz tescil durumunun söz konusu olduğunu; çekişme konusu taşınmazlarda, Feriha'dan satın almak suretiyle edindikleri pay halet, adlarına kayıtlı bulunan davalılar ile birlikte bu şekilde edinenlerden satın almak suretiyle kayıt maliki olan davalıların iyi niyetli olmadıklarını ileri sürerek tapu iptali ve Hazine adına tescilini istemiştir.

Asli müdahiller Veli'nin Arnavut uyruklu mirasçıları; 31.10.2003 tarihinde hasımsız olarak açtıkları veraset davası sonucu Veli'nin Arnavut uyruklu mirasçıları olduklarına dair Eyüp 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 19.10.2004 tarih 2003/1020 esas, 2004/ 1068 karar sayılı veraset ilamını ibraz ederek, Hazinesin açmış olduğu eldeki davada, miras bırakanları Veli'ye ait çekişme konusu taşınmazlardaki 2/3 oranındaki payların davalılar adlarına tapu kayıtlarının iptali ve adlarına tescilini talep etmişlerdir.

Bil kısım davalılar, Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi gereğince, sicilin aleniyeti ve güvenilirliği ilkesi gereği, taşınması sicilden edinen iyi niyetli kişiler olduklarını, iktisapları korunması gerektiğini belirterek davanın reddini savunmuşlar, diğerleri davaya yanıt vermemişlerdir.

Mahkemece, çekişme konusu taşınmazlardaki 1/3 pay yönünden davanın açılmamış sayılmasına, miras bırakan Veli Eraksu'ya ait 2/3 pay yönünden ise; asli müdahillerin davasının reddine, çekişme konusu 736 ada 9 parsel sayılı taşınmaz yönünden davanın reddine, diğer çekişme konusu 715 ada 1, 714 ada 2 ve 739 ada 1 parsel sayılı taşınmazlar yönünden ise davacı Hazinesinin davasının kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davacı Hazine vekili, asli müdahiller vekili ve bir kısım davalılar vekilleri tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 14.12.2010 Sah günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden Hazine vekili Avukat Özgür Bekdemir ile diğer temyiz edenler vekilleri Av. Sevgi, Av. Gökhan, Av. Şule, Av. Rasim, Av. Yeliz ile temyiz edilen vekili Av. Salih, Av. Hüseyin, Av. Işıl, davalı asil Mustafa geldiler, davetiye tebliğine rağmen diğer temyiz eden vekili avukat ile temyiz edilenler vekili avukatlar ile temyiz edilen asiller gelmediler, yokluklarında duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekillerin ve asilin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava, tapu iptal ve tescil isteğine ilişkin olup, Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Toplanan delillerden ve tüm dosya içeriğinden; 715 ada 1,714 ada 2,739 ada 1 ve 736 ada 9 parsel sayılı taşınmazların paylı mülkiyet üzere olduğu ve takınmazlarda Veli Eraksu'nun 2/3 oranında payının bulunduğu; 1/3 payın ise haklarındaki dava takipsiz bırakılan diğer davalılara ait olduğu, 1/3 paya yönelik davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği, sözü edilen 1/3 pay yönünden bir temyiz itirazının bulunmadığı ve anılan açılmamış sayılma kararının çekişme konusu taşınmazlardaki 1/3 pay yönünden kesinleşmiş olduğu, eldeki davanın Veli'ye ait 2/3 paya ilişkin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Dosya içeriği ve kayıtların tetkikinden; çekişmeli taşınmazlardaki 2/3 pay sahibi Veli'nin, Türk Vatandaşı olduğu, 29.05.1959 tarihinde öldüğü; Feriha isimli kişinin hasımsız olarak açtığı veraset davası sonucunda, Üsküdar Sulh Hukuk Mahkemesinin 28.12.1977 günlü, 1977/2.426 esas, 1977/2243 sayılı kararıyla Veli'nin tek mirasçısının Feriha olduğuna karar verildiği; Feriha'nında bu veraset ilamına istinaden, Veli 'nin çekişme konusu taşınmazlardaki 2/3 payını üzerine intikalini sağladıktan sonra, bu şekilde edindiği tüm payı 1978 -1980 yılları arasında satış yoluyla elden çıkarttığı, kayden bir ilgisinin kalmadığı; Feriha'dan satın almak suretiyle edindikleri pay halen adlarına kayıtlı bulunan şahıslar ile birlikte diğer edinenlerden

satın almak suretiyle kayıt maliki olan kişilerin eldeki davada davalı olarak yer aldıkları; sonradan dava dışı kişiler tarafından Feriha'dan aleyhine açılan ve Türk uyruklu Veli 'nin Arnavut uyruklu olduğu anlaşılan mirasçılara ve hazinenin asli müdahil olduğu verasetin iptali devası sonucunda, Üsküdar 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 6.10.1987 günlü, 1978/51 esas, 1987/1358 sayılı kararıyla, Arnavut uyruklu Abdurrahman, Rıza ve Hekuran'ın sadece taşınır mallar yönünden Veli mirasçıları olduklarına, taşınmazlar yönünden ise, iki ülke arasında karşılıklılık (mütekabiliyet) bulunmadığından 264 Sayılı Tapu Kanunun 35. maddesi hükmü gereğince" taşınmazlara ilişkin sadece Hazinenin mirasçı olabileceği" gerekçesiyle Hazinenin mirasçı olduğunun tespitine ve bu nedenlerle Feriha tek mirasçı olarak kabulüne ilişkin. Üsküdar Sulh Hukuk Mahkemesinin 28.12.1977 günlü, 1977/2426 esas, 1977/2243 karar sayılı veraset ilamının iptaline karar verildiği ve yasal yollardan geçmek suretiyle kesinleştiği; bunun Üzerine davacı Hazinenin, Üsküdar 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 1978/51 esas, 1987/1353 karar sayılı veraset ilamına dayanarak, Veli'nin çekişme konusu taşınmazlardaki 2/3 payın davalılar üzerindeki sicil kaydının iptali ile Hazine adına tescilini istediği; aynı mirasçılık belgesinde Veli'nin Arnavut uyruklu mirasçıları olduğu saptanan Rıza, Hekuran ile Abdurrahman'ın 19.9.1986 tarihinde ölümü nedeniyle ve çocukları Bukuri, Enver, Nexhmie, Facbardhc ve Bujar'ın, 31.10.2003 tarihinde hasımız olarak açtıkları veraset davası sonucu Veli'nin Arnavut uyruklu mirasçıları olduklarına dair Eyüp 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 19.10.2004 tarih 2003/1020 esas, 2004/1068 karar sayılı veraset ilamını ibraz ederek, Hazinenin açmış olduğu eldeki davada, miras bırakanları Veli'ya ait çekişme konusu taşınmazlardaki 2/3 oranındaki payların davalılar üzerindeki tapu kayıtlanma iptaliyle, adlarına tescil talebiyle harç yönünden adli mühazeret karanda alarak asli müdahale talebinde bulundukları görülmektedir.

Mahkemece, yapılan yargılama sonucunda, asli müdahillerin Arnavut uyruklu oldukları ve miras yoluyla taşınmaz elde etmelerine yasal açıdan olanak bulunmadığı gerekçesiyle davalarının reddine; iptal edilen veraset ilamıyla taşınmazlardaki Veli Eraksu payının intikalini sağlayan Feriha'nın satış yaptığı ve halen üzerlerinde sicil kaydı bulunan davalılardan Naciye, İbrahim, Salih, Yusuf, Yılmaz, Nuray, Mustafa ve Şükrü mirasçıları Emine, İshak, Yusuf ve İrfan 'ın birinci el durumunda bulundukları, adlarına sicilin yolsuz olduğu bu nedenle edinimlerinin korunamayacağı gerekçesiyle ads geçenele yönelik Hazinenin davasının kabul edildiği; Feriha'dan edinenlerden satın alanlar ile onlardan sonraki el durumunda olan maliklerin iyi niyetli oldukları, TMK'nın 1023 maddesinin koruyuculuğu altında bulunduktan, iktisaplarının geçerli olduğu kabul edilerek haklarındaki davanın reddine karar verildiği; kararın, davacı Hazine, asli müdahiller Veli'nin Arnavut uyruklu mirasçıları; haklarındaki dava kabul edilen davalılar Mustafa, İbrahim, Salih, Yusuf, Yılmaz, Nuray ve Şükrü mirasçıları Emine, İshak, Yusuf ve İrfan ile haklarındaki dava reddedilen davalılardan Şükrü tarafından temyiz edildiği görülmektedir.

Gerçekte, çekişme konusu taşınmazlarda 2/3 pay sahibi olan Veli 'nin Türk Vatandaşı olduğu ve 29.05 1959 tarihinde, öldüğü sabittir.

Bilindiği üzere, TMK'nın 575. maddesi (743 sayılı Kanuni Medeni'nin 517. maddesi) hükmü gereğince, miras, miras bırakanın ölümüyle açılır. Aynı Yasanın 599. maddesi uyarınca, varsa mirasçıları ölüm anında tereke üzerinde yasal olarak hak sahibi olurlar. Miras bırakandan intikal eden taşınmazlar bakımından da TMK'nın 705. maddesi hükmü gereğince tescilden önce mülkiyet hakkına haiz olurlar.

Buna rağmen., miras bırakanın hiç bir mirasçısı bulunmaz ise, o takdirde TMK'nın 501. maddesi hükmüne (743 Sayılı Kanuni Medenin 443. maddesi) Hazinesin son mirasçı olarak tereke üzerinde hak sahibi olacağı tartışmasızdır.

Somut olayda, Hazinesin de müdahale yoluyla taraf olduğu ve derecattan geçerek kesinleşen Üsküdar 2.Sulh Hukuk Mahkemesi'ne ait 978/51 esas sayılı mirasçılık belgesinde, çekişme konusu taşınmazlarda 2/3 pay sahibi olan Veli'nin mirasçısız olmadığı, aksine Arnavut uyruklu eldeki davanın asli müdahilleri Rıza, Hakuran ile Abdurrahman'ın; Abdurrahman'ın ölümüyle de eş ve çocuklara Hukuri, Enver, Nexhmie, Fatbardhc ve Bujar'ın Veli mirasçıları oldukları açıktır.

Öyleyse Hazinesin son mirasçı sıfatıyla **çekişme konusu taşınmazlarda mülkiyetten** kaynaklanan **bir** hakkının varlığından bahsedilemez.

Öte yandan, çekişme konusu taşınmazlardaki Veli'den gelen 2/3 pay yönünden Arnavut uyruklu kişilerin kaçak ve yitik kişilerden olmadıkları, bu sebeple ve bu konudaki mevzuat hükümleri ile beraber 3402 Sayılı Kadastro Yasası'nın 18/2. maddesinde öngörülen, kanunlar gereği Devlete kalan taşınmazlardan olduğu kabul edilemeyeceği gibi anılan payın Devlete kalmadığı da sabittir.

Bu durumda, davacı Hazinesin çekişme konusu edilen taşınmazların ve bunlardaki söz konusu çekişmeli payların mülkiyetini edineceğinden söz etme olanağı bulunmadığı gibi gerek 6.1.2005 tarihinde yürürlükten kaldırılan 28.4.1961 gün ve 5/1142 Sayılı Kararname hükmü ve gerekse 2644 Sayılı Tapu Kanunu'nun, 19.7.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4916 Sayılı Yasa ile bazı ilaveler getirilen 35. maddesi hükmü, anlamında karşılıklılık ilkesi bulunmayan Devlet vatandaşlarına ait taşınmazların mülkiyetinin Hazineye ait taşınmazların mülkiyetinin Hazineye ait olacağına ilişkin bir hüküm içermemekte, aksine, sicil kaydının muhafaza edilmesiyle birlikte yabancı uyruklu kişilerin temlik tasarrufları önlenmiş ve yabancı uyruklu kişilerin kanuni miras yoluyla edindikleri taşınmazlar ve sınırlı aynı hakların intikal işlemlerinin yapılarak tavsiyeye tabi tutulacağı öngörülmüştür.

Esasen, dosya içerisinde bulunan Dış işleri Bakanlığı Emlak Daire Başkanlığına ait 3 Haziran 2005 tarihli, 940-30/2005/XOED/238169 sayılı yazıyla da, Arnavutluk ile Türkiye arasında miras yoluyla taşınmaz edinilebileceğinin bildirildiği görülmektedir. Bu düzenleme karşısında

Üsküdar 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 6.10.1987 gün ve 1978/51 Esas 1987/1358 sayılı veraset ilamına değ er izafe edilmemiştir.

Bunun yanı sıra, aynı yönde hüküm içeren 5718 Sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılan 2675 sayılı yasanın 22. maddesi ve 5718 sayılı Yasasında 20. maddesinin 3. fıkrası da aynen “Türkiye’de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır” hükmünü içermekte olup, mirasçısı bulunan tereke üzerinde Hazinesin mülkiyetten kaynaklanan bir hakkı bulunmadığı kabul edilmiştir.

O halde yukarıda açıklanan tüm bu ilkeler ve yasal düzenlemeler gözetildiğinde, Hazinesin, somut olay bakımından dava hakkının varlığının tasfiye hükümlerinden kaynaklanacağı tartışmasız olup, kendi adına topu iptal ve tescil istekli Hazinesin davasının bu istek bakımından reddine karar verilmesi gerekeceğı tartışmasızdır.

Diğ er taraftan; çekişmeli tartışmazlardan 736 ada 9 parsel sayılı taşınmaz yönünden davanın reddine karar verildiğı; iş bu taşınmazda Veli’ye ait 2/3 payın, Feriha 'in satışından sonra, paydaş olanlar ile diğ er 1/3 payın sahibi olan paydaşların taraf olduğı Üsküdar 1. Sulh Hukuk Mahkemenin 2000/43 esasında kayıtlı ortaklığın giderilmesi davası sonucunda, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine ilişkin verilen karar üzerine yapılan ihale ile taşınmazda pay satın alan tüm paydaşların, taşınmazın tamamını davalı Sedat'a 30.06.2004 tarihinde satış yoluyla temlik ettikleri, davalı Sedat'nun ediniminde kötü niyetli olmadığı, TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğunda bulunduğı isabetle değ erlendirilerek, çekişme konusu 736 ada 9 parsel sayılı taşınmaz yönünden davanın tümünden reddine karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur.

Buna göre de, davacı Hazine ve asli müdahillerin (varsa sicillerin tutulmasından kaynaklanan tazminat hakları bu hususu ayrı bir dava konusu yapabilecekleri nedeniyle) sair temyiz itirazları yerinde değildir, reddine.

Temyiz edenler, davacı Hazinesin ve davaya asli müdahil sıfatıyla katılan Veli Arnavut uyruklu mirasçılarının diğ er temyiz itirazları ile davalıların tüm temyiz itirazlarına gelince; hemen belirtmelidir ki, Veli'nin Türk vatandaşı olduğı, mirasçılarının ise Arnavut uyruklu oldukları sabit olup, bu husus tarafların ve Mahkemenin de kabulündedir.

Yukarıda değ inilen yasal düzenlemeler ve ilkeler gözetildiğinde, asli müdahil olan Arnavut uyruklu kişilerin Veli'nin mirasçıları olması sebebiyle onun terekesi üzerinde miras haklarının bulunduğı ve buna göre şayet taşınmazlar intikal görüp, el değ iştirmemiş olsaydı tasfiyeye tabi tutulmak üzere Veli mirasçıları adına intikal ettirilip, tescil edilmeleri gerekirdi.

Oysa somut olayda; aksi iptal edilmekle sabit olan Feriha'in mirasçılığını gösteren veraset ilamı uyarınca, çekişme konusu taşınmazlardaki Veli'ye ait 2/3 payın, Feriha üzerine intikali sağlanmış, Feriha'da adına intikal ettirdiğı payları satış yoluyla üzerinde kayıtlı pay kalmayacak şekilde elden çıkarmış

ve halen bazı payların sicillerinin Feriha'dan edinenler üzerinde, bazı paylarında sicilleri onlardan edinenlerin üzerinde bulunduğu kayden sabittir.

Bulunduğu üzere, 27.12.1939 tarih 11/60 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca sicil kayıtlarını üzerine intikal ettiren Feriha ilk el, ondan sonra edinenler ise ikinci ve bundan sonra edinenler ise ikinci el durumundadırlar.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi gereğince, sicilin aleniyeti ve güvenilirliği ilkesi gereği, taşınmazı sicilden ödenen iyi niyetli ikinci el ve ondan sonraki ellerin iktisapları konulabilecektir. Oysa, birinci el durumunda olan kişinin iktisabı gerçeği yansıtmayan ve hukuken korunmasına olanak bulunmayan belgeye dayalı olması ve yolsuz tescil niteliği takması sebebiyle TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğundan istifadesine yasal açıdan cevaz yoktur.

Ne var ki, haklarındaki dava kabul edilen Feriha'da satın almaları sebebiyle halen sicil kaydı üzerinde bulunan davalılar ikinci el konumunda oldukları halde, Mahkemece, yanlışlı değerlendirmeyle birinci el oldukları kabul edilerek haklarındaki davanın kabulüne karar verilmiş olması isabetsizdir. Esasen, bunlar yönünden de TMK'nın 1023. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği yönünde araştırma yapılması gerekirdi. Böyle bir araştırmanın yapılması sonucunda edinimlerinin korunamayacağını anlaşılmaması halinde ise, anılan kişiler üzerinde bulunan kayıtların Veli, Arnavut uyruklu mirasçıları adına tescil edilmesi gerektiği de kuşkusuzdur.

Bilindiği üzere hukukumuzda diğer çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi kişilerin huzur ve güven içerisinde alış verişte bulunmaları satın aldıkları şeylerin ilerde kendilerinden alınabileceği endişelerini taşımamaları toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle, alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bu amaçla Medeni Kanun'un 2. maddesinin genel hükmü yanında menkul malüarde 988 ve 989, tapulu taşınmazların el değiştirmesinde ise 1023. maddesinin özel hükümleri getirilmiştir. Öte yandan bir devleti oluşturan unsurlardan biri insan unsuru ise bunun kadar önemli olan ötekisi topraktır. İşte bu nedenle Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini herkese açık olmasını sağlamış, iyi ve doğru tutulmamağın doğan sorumluluğu kabul etmiş, değinilen tüm bu sebeplerin doğal sonucu olarak ta tapuya itimat edip, taşınmaz mal edinen kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğunu duymuştur. Belirtilen ilke MK'nın 1023. maddesinde aynen "tapu kütüğündeki sicile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan 3. kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddenin 1. fıkrasına göre bir aynı hak yolsuz olarak tespit edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken 3. kişi bu tespiti dayanarak öngörülmüştür.

Ne var ki; tapulu taşınmazların müdahillerinde huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna, tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl

malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin, iyi niyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Gerçekten bir yanda tapu sicilinin doğruluğuna inanarak iktisapta bulunduğunu ileri süren diğer yanda ise kendisi için maddi hatta bazı hallerde manevi büyük değer taşıyan aynı hakkını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalan önceki malik bulunmaktadır. Bu nedenle yüzeysel ve şekilci bir araştırma yaklaşımın büyük maduriyetlere yol açacağı, kişilerin Devlete ve adalete olan güven ve saygısını sarsacağı ve yasa koyucunun amcanın ilk bakışta, şeklen iyi niyetli gözükeni değil, gerçekten iyi niyetli olan kişiyi korumak olduğu hususlarının daima göz önünde tutulması, bu yönde tüm delillerin toplanıp derinliğe irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu görüşten hareketle “kötü niyet iddiasının defî değil itiraz olduğu, ve müdafaanın genişletilmesi yasağına tabii olmaksızın her zaman ileri sürebileceği ve mahkemece kendiliğinden (resen) nazara alınacağı ilkesi 08.11.1991 tarih 1990/4 esas 1991/3 sayılı İnançları Birleştirme Kararında kabul edilmiş, bilimsel görüşler de aynı doğrultuda gelişmiştir.

Somut olayda ise; Mahkemece, ikinci ve ondan sonraki eller bakımından çekişme konusu 715 ada 1, 714 ada 2 ve 739 ada 1 parsel sayılı taşınmazlar yönünden yukarıda açıklanan ilkeler gözetildiğinde hükme yeterli bir araştırma, inceleme ve soruşturma yapıldığını söyleme olanağı yoktur.

Hal böyle olunca, çekişmeli 715 ada 1, 714 ada 2 ve 739 ada 1 parsel sayılı taşınmazlar yönünden yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde araştırma ve inceleme yapılması, tarafların delillerinin eksiksiz toplanması, toplanan ve toplanacak olan delillerin birlikte değerlendirilmesi, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturmayla yetinilerek yazılı olduğu şekilde hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

O halde, hükmü temyiz eden davacı Hazinesinin, asli müdahillerin ve davalıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK’un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 03.12.2010 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Ücret Tarifesi’nin 14. maddesi gereğince gelen temyiz eden taraf vekilleri için 825.00’ şer TL duruşma avukatlık parasının karşılıklı olarak alınıp birbirlerine verilmesine, 14.12.2010 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

MİRASIN İNTİKALİ • UYGULANACAK HÜKÜMLER*

ÖZET: Mirasın intikali ölüm tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir.

Y.1.HD. E: 2009/3426 K: 2009/3964 T: 16.06.2009

Mahkemece, miras bırakan tarafından yapılan temliklerin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu gerekçesiyle davacının miras payı oranında tapunun iptal ve tesciline karar verilmiştir.

Karar, davalılar vekili tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakiminin raporu okundu, düşüncesi alındı.

Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğine, toplanan delillere göre, miras bırakanın aracı kullanmak suretiyle vekil marifetiyle yapmış olduğu çekışmeli taşınmazların temlikinin mahkemece mirasçidan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu belirlenerek davanın kabulüne karar verilmiş olmasında kural olarak bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Öyle ise, davalıların bu yöne değinen temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine.

Ancak, mahkemece dava kabul edilirken Büyükçekmece Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 28.01.2000 gün 2000/92 Esas, 8 Karar sayılı mirasçılık belgesi esas alınmıştır. Bu veraset ilamında sağ kalan eşin miras payı 5/10 olarak gösterilmiş ve mahkemece de bu pay üzerinden davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Tatbik Şekli hakkındaki 4722 sayılı Yasa'nın 17. maddesi de mirasçılık ve mirasın geçişi miras bırakanın ölüm tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir hükmünü öngörmektedir.

Somut olayda, miras bırakan İlhamı" 05.11.1999 tarihinde ölmüştür. Buna göre olayda 743 sayılı Medeni Yasa hükümlerinin gözetileceği kuşkusuzdur. Bu Yasa'nın 444. maddesinin 1. fıkrasında fûruğ ile birlikte mirasçı olan sağ kalan eşin miras hakkının 1/4 olduğu tartışmasızdır. Esasen, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK'nın 499. maddesinin 1. fıkrasında da hiçbir değışiklik yaratılmadan aynı hükme yer verilmiştir.

* Dergimizin bu sayısında yayınlanan Yargıtay 3. hukuk dairesi kararına bakınız.

Bu ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında, miras bırakan İlhami'nin ölüm tarihinde ilk eşten olma çocukları ile birlikte ikinci eşi olan davacının mirasçı oldukları sabittir. O halde, sağ kalan eş davacı Müzeyyenin mirastaki hakkının 1/4 olması gerekeceğinde kuşku yoktur. Ancak, Büyükçekmece Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 28.01.2000 gün 2000/92 Esas, 8 Karar sayılı mirasçılık belgesinde miras payının (1/2) 5/10 pay olarak gösterilmesinin doğru olduğu söylenemez. Kaldı ki, bu husus yargılama sırasında dosyaya getirilen İlhami'ye ait verasete esas nüfus kayıtlarıyla da doğrulanmaktadır.

Bilindiği üzere, tapu sicillerinin tutulması ve oluşturulması kamu düzeni ile ilgili olup, hakim doğru sicil oluşturmakla görevlidir.

Ne var ki, mahkemece bu konuda bir değerlendirme yapılmaksızın neticeye gidilmiştir.

O halde, davalıların bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **(BOZULMASINA)**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 16.06.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ELATMANIN ÖNLENMESİ • YIKIM ECRİMİSİL

ÖZET: Yıkım istekli davalarda lehine muhdesat şerhi bulunan muris sıras çılarına davada yer almaları çağırısı yapılmalıdır.

Y.1.HD. E: 2009/5419 K: 2009/6134 T: 28.05.2009

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, kayden maliki olduğu 10293 ada 9 parsel sayılı taşınmaza davalıların ikametgah yapmak suretiyle müdahale ettiklerini ileri sürüp, el atmanın önlenmesi yıkım ve ecrimisil isteklerinde bulunmuştur.

Davalılar, dava konusu taşınmazla ilgili imar affi başvurusunda bulunduklarını, tüm koşulları yerine getirerek arsa bedellerini de yatırdıklarını, tapu tahsis belgesi ve tapu verilmesi yönündeki taleplerinin reddi üzerine bu işlemin iptali için açtıkları idari davaların derdest olduğunu ve sonuçlarının beklenmesi gerektiğini, yapının arsadan çok daha değerli olup, yıkımın fahiş zarar meydana getireceğini, ecrimisilin koşullarının oluşmadığını, imar affi' yasasına giren yapılarla ilgili davaların durdurulması gerektiğini, tapu kaydında lehlerine muhtesat şerhi bulunduğunu belirterek, davanın reddini savunmuşlar, dahili davalı Aydın ayrıca, arsa bedelini ödemeye hazır olduklarını beyan etmiştir.

Mahkemece, davalılara ait yapının çekişmeli parsel üzerinde bulunduğu, davalılardan Adnan'ın dava tarihinden önce vefat etmiş olduğu, el atmanın önlenmesi yönünden kesin hükmün söz konusu olup, el atmanın önlenmesi isteğinin usulen reddi, yıkım isteğinin ise kabulü gerektiği, ecrimisil bakımından bilirkişi raporunun esas alındığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalılar vekili, tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp, düşünüldü,

KARAR

Dava, çaplı taşınmaza el atmanın önlenmesi, yıkım ve ecrimisil isteklerine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden çekişme konusu 10293 ada 9 parsel sayılı taşınmazın kayden davacı idareye ait olduğu, taşınmaz kaydında davalılardan Hikmet ile dava dışı Menmet lehine muhdesat şerhi bulunduğu Mehmet'in 24.02.1995 tarihinde vefat ettiği ve mirasçılarının kaldığı anlaşılmaktadır.

Davada yıkım isteği bulunduğu göre dava konusu binanın yıkım halinde taşınmazda lehine muhtesat şerhi bulunan dava dışı Mehmet Tuna'nın mirasçılarının da hukukunun etkileneceği açıktır.

Öte yandan, taşınmazda lehine muhtesat şerhi bulunanlar açısından zorunlu dava arkadaşlığının söz konusu olduğu da tartışmasızdır,,

Hal böyle olunca; Mehmet Tuna mirasçılarının davada yer almalarının sağlanması ve ondan sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

Davalıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenden ötürü HUMK.'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, sair hususların şimdilik incelenmesine yer olmadığına, alınan peşin harem temyiz edene geri verilmesine, 28.5.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

AİLE KONUTU KOŞULU • KURU MÜLKİYET • YARARLANMA KOŞULU

ÖZET: Aile konutu korumasından yararlanmak için eşlerden birinin yararlanma hakkı veren mülkiyet veya sınırlı bir ayni hakka sahip olması gerekir.

Eşin ortak konutta sadece kuru mülkiyete sahip olması, diğer eşin aile konutu şerhi verdirmesi için yeterli değildir.

Y.2.HD. E: 2010/7465 K: 2010/20502 T: 07.12.2010

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hükmün temyizden mürafaa icrası suretiyle tetkiki istenilmekle duruşma için tayin olunan 23.11.2010 gününde duruşmalı temyiz eder davalılar İbrahim ve Elçin vekilleri ve temyiz eden davalı Emine vekili ile karşı taraf davacı Müge vekili geldiler. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1- Dava konusu taşınmazın davacı ve kocası davalı İbrahim Halil tarafından ortak konut olarak kullanıldığı sabittir. Konutun kuru mülkiyeti davalı kocaya, intifa hakkı davalı kocanın annesi Elçin'e aittir. Davacı ve davalı kocanın bu taşınmazı aile konutu olarak kullanmaları intifa hakkı sahibi anne Elçin'in tek yanlı rızasına dayalıdır. Diğer bir söyleyişle, davacı ve davalı kocanın taşınmazı aile konutu olarak kullanmaları kocanın kuru mülkiyet hakkına dayalı değildir. Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde düzenlenen aile konutu korumasından yararlanabilmek için; bu konutta eşlerden birinin yararlanma hakkı veren bir mülkiyet veya sınırlı ayni hakka (örneğin, intifa, süknâ gibi) sahip olması gerekir. Eşin ortak konutta sadece kuru mülkiyet hakkı sahibi olması, diğer eşin tapuda aile konutu şerhi verdirmesine yeterli değildir. Bu açıklamalar gözetilerek davanın reddi gerekirken; yazılı şekilde karar verilmiş olması isabetsizdir.

2- Kabule göre de; iptal kararı sadece davalı kocanın tasarruftan önce sahip olduğu kuru mülkiyet hakkı ile sınırlı olması gerekirken; tapu kaydının tamamıyla iptali ve davalı koca adına tesciline karar verilmiş olması da doğru olmamıştır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda 1.bentte gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA**, duruşma için takdir olunan 825.00 TL. vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalılara verilmesine, istek halinde temyiz peşin harcının yatırırlara geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde

karar düzeltme yolu açık olmak üzere oyçokluğuyla karar verildi.07.12.2010 (Salı)

KARŞI OY YAZISI

Türk Medeni Kanununun 194.maddesi hükmünde öngörülen aile konutu korumasından yararlanabilmek için aile konutuna yönelik hukuken korunan geçerli bir hukuki ilişkinin varlığı şartı bulunmalıdır.

Dava konusu taşınmazın çıplak mülkiyetini davalı erkek eşe ait olduğu ve davalı erkek eşin anasının bu taşınmaz üzerinde intifa hakkı bulunmasına rağmen taşınmazı aile konutu olarak taraflara özgülediği çekişmesizdir.

O halde;

-Dava konusu aile konutunda eşlerin karşılıksız olarak oturdukları,

-Aile konutunun intifa hakkı sahibi olan davalı erkek eşin anası tarafından çıplak mülkiyet sahibi olan oğluna ve gelinine özgülendiği,

-Aile konutu üzerinde intifa hakkı sahibi olan davalı erkek eşin anası ile davalı erkek eş arasında bir ariyet sözleşmesinin kurulduğu anlaşılmaktadır.

Ariyet sözleşmesinin sona erdirilmesi davacı kadının bu konuttan taşınmak zorunda kalmasına sebebiyet vereceğinden davalı erkek eşin bu tasarrufu gerçekleştirebilmesi için davacı kadının açık rızasını alması zorunludur.

Farklı düşünüyorum.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ**MİRASIN İNTİKALİ • UYGULANACAK KURALLAR***

ÖZET: Mirasın intikali, murisin ölüm tarihinde yürürlükte olan yasa hükümlerine göre belirlenir.

Y.3.HD. E: 2009/18641 K: 2010/1568 T: 08.02.2010

Dava dilekçesinde; evveliyatında tapusuz olan 123 parsel numaralı taşınmazın 20.01.1974 tarihli senetle muris tarafından davacı oğluna satılıp, zilyetliğinin devredildiği, ancak murisin sonradan düzenlediği vasiyetname ile bu yeri torunu Menderes'e vasiyet ettiği, esasen vasiyetnamenin önceden davacıya satılmış olması nedeniyle geçersiz olduğu ileri sürülerek vasiyetnamenin iptali ile 123 parsel sayılı taşınmazın tapuda davacı adına tesciline karar verilmesi istenilmiştir.

Mahkemece; davanın TMK.'nın 559. maddesinde düzenlenen 1 yıllık hak düşürücü süre dolduktan sonra açıldığı gerekçesiyle reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 17. maddesi uyarınca; mirasçılık ve mirasın geçişi, miras bırakanın ölüm tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir.

Yanların ortak murisi 12.07.1987 tarihinde vefat etmiştir. Bu durumda olayın çözümünde uygulanacak yasa hükmü 4721 sayılı Yasa hükümleri olmayıp, murisin ölüm tarihinde yürürlükte olan 743 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümleridir. Bu Kanun'un 501. maddesinde düzenlenen süre de hak düşürücü süre değil, zamanaşımı süresidir. O halde mahkemece davalıların herhangi bir zamanaşımı definde bulunmadıkları gözetilerek davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yanılıklı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.

Bu itibarla, yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.'un 428. maddesi gereğince **(BOZULMASINA)** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 08.02.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA ALACAĞI DAVASI • MAHKEME'NİN GÖREVİ

* Dergimizin bu sayısında yayınlanan Yargıtay 3. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

ÖZET: Kira alacağı davalarında mahkemenin görevi yıllık kira bedeline göre belirlenir.

Buna göre davanın Sulh ya da Asliye Hukuk Mahkemesinde açılması gerekir.

Y.3.HD. E: 2010/8361 K: 2010/11998 T: 05.07.2010

Davada, davacı kiracı tarafından 10.07.2006 başlangıç tarihli ve 15 yıl Süreli kira sözleşmesi ile K... Çayında 2259 İt/sn su kiralandığı, davalı K... Valiliği İl Özel İdaresi tarafından 01.01.2008 tarihinden itibaren aylık 4.500,00 TL kire ödenmesinin istenildiği, bu miktarın fahiş olduğu ileri sürülerek, indirilerek 1.388,00 TL olarak tespiti istenilmiş, mahkemece, davanın kısmen kabulü ile aylık kira parasının 1.731,03 TL olarak tespiti cihetine gidilmiş, hüküm, süresinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesine konu "su" olarak belirtilmiş olup, bu durumda kiralananın niteliğinin gayrimusakkaf kabulü zorunludur.

HUMK'un 1711 Sayılı Kanun'la değiştirilen 8/11-1. maddesi "kira sözleşmesine dayanan her türlü tahliye, akdin feshi yahut tespit davalarına, bu davalarla birlikte açılmış kira alacağı ve tazminat davalarına ve bunlara karşılık olarak açılan davalara" bakmaya Sulh Mahkemelerini görevli kılarken, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un uygulama alanı içinde kalan kiralananları amaçladığında kuşku bulunmamaktadır. Gerçekten de, 6570 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde bu Kanunun uygulanması için kiralanan yerin musakkaf (çatılı) bir taşınmaz olması gerekmektedir. Gayrimusakkaf taşınmaz mallar ise, Borçlar Kanunu'nun hükümlerine tabidir.

Yine, kiralanan taşınmazın, niteliği itibarıyla 6570 Sayılı Yasa'nın uygulama alanı içinde bulunması durumunda asıl olan, kira müddetinin sonunda da kira akdinin devam etmesidir. Ancak, kira parasına ilişkin olarak tarafların ihtilafa düşmeleri halinde sözleşmede doğan bu boşluk, 18.11.1964 tarih, 2/4 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararı uyarınca hakim tarafından doldurulur.

Her iki yasanın ilgili maddelerinin hukuki sonuç ve hükümleri ile koruma amaçları tamamen birbirinden farklıdır. Örneğin, kira parası, Borçlar Yasası'nın 248. maddesinde yer alan, kira akdinin esaslı unsurlarındandır. Borçlar Kanunu'na tabi olan yerlerde ise, akit kural olarak sözleşmede öngörülen süre hitamında sona erer ve kiralananın kira parası hakkında taraflar arasında anlaşmazlık bulunması durumunda, kira akdinin asli unsurlarından olan, kira bedeli konusundaki uyuşmazlık nedeni ile artık devam eden bir kira sözleşmesinin varlığından söz etme olanağı yoktur. Hal böyle olunca musakkaf olmayan ve BK'ya tabi olan yerlerde bir kira akdinin varlığından söz edilemeyeceğine göre, dava değeri gözetilerek görevin belirlenmesi kaçınılmazdır.

Somut olayda, davanın Hukuk Genel Kurulu'nun 13.05.1994 tarih, 1994/3-174-1994/336 sayılı kararında ifade edildiği üzere, HUMK'un 8. maddesinde anılan kira sözleşmesine dayanan bir kira tespit davası niteliğinde olmadığı anlaşıldığından, yıllık kira parası dikkate alınarak Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olması nedeniyle mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekir.

Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan, kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **(BOZULMASINA)** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 05.07.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

ÇOCUĞUN YARALANMASI • ANNE VE BABA'NIN MANEVİ TAZMİNAT HAKLARI

ÖZET: Müşterek çocuklarının bıçakla yaralanması sonucunda davacı anne ve babanın sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğü kabul edilerek manevi tazminata hükmedilmelidir.

Y.4.HD. E: 2009/7006 K: 2010/3708 T: 31.03.2010

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davacıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacıların diğer temyiz itirazlarına gelince;

a) Dava, etkili eylem nedeniyle yaralanmadan dolayı uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece, davacılar Rıfat'ın isteminin bir bölümü kabul edilmiş; diğer davacılar anne Ümmühan ile baba Ramazan'ın manevi tazminat istemleri reddedilmiş; karar, davacılar tarafından temyiz olunmuştur.

Davacılar Rıfat'ın, kendi yaralanması nedeniyle; diğer davacılar Ümmühan ile Ramazan'ın ise çocukları olan Rıfat'ın yaralanması nedeniyle manevi tazminat isteminde bulunduğunu anlaşılmaktadır.

Yerel mahkemece, Rıfat'ın yaralanmasının vücut bütünlüğünü bozmadığı, herhangi bir organının işlevini yitirmesine ya da zayıflamasına neden olmadığı belirtilerek davacılar Ümmühan ile Ramazan yönünden manevi tazminat isteme koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle, istemin reddine karar verilmiştir.

Kişilik hakları, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklardır. Bunların fiziki, sosyal ve duygusal kişilik değerleri içerdiği gözetildiğinde, somut olaydaki duruma göre, davacının bir yakınının yaralanmasının sosyal ve duygusal kişilik değerler kapsamında olup olmadığı konusu üzerinde durulmak gerekir. Sosyal ve duygusal kişilik değerleri, kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değe alanı içine giren haklardır. Bu haklar, doğrudan doğruya kişiliğe bağlı olmayan, özellikle aile hukuku içinde yer alan değerlerdir. Bu bağlamda Borçlar Yasası'nın 49. maddesindeki düzenleme gereğince, kişinin doğrudan kendisinin değil de karı, koca, ana, baba, çocuklar ve kardeşler gibi yakınlarının ağır yaralanması gibi somut olayın

kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların kanıtlanması durumunda, aile birliği içinde korunması gereken sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğünün kabul edilmesi gerekir. Dosyadaki bilgi ve belgeler ile davalının 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 456/2. maddesi uyarınca kasten yaralama eylemi nedeniyle yargılanarak cezalandırıldığı ceza dosyası içeriğine göre; davalının, dava konusu olaydan önce aileler arasında yaşanan ve husumet oluşmasına neden olan olaylar üzerine, 22 yaşında olan davacılarından Rıfat'ı köy kahvesi önünde bıçakla vurarak göğüs bölgesinden yaraladığı; D... Adli Tıp Şubesi tarafından düzenlenen 04.06.2004 günlü raporda, adı geçeninin yaşam tehlikesi geçirecek, 25 gün iş ve gücünden kalacak biçimde yaralandığı; olay yerinde bulunan kişilerin olaya müdahale ederek tarafları ayırdığı anlaşılmaktadır.

Olayın gelişim biçimi, yaralanmanın derecesi ve davalının eyleminin silahtan sayılan bıçak ile yaşamsal bölgeye yönelik olması gözetildiğinde, davacılarından anne Ümmühan ile baba Ramazan'ın sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğü kabul edilmelidir.

Yerel mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, davacılar Ümmühan ile Ramazan yararına uygun tutarlarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle, manevi tazminat istemlerinin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

b) Borçlar Yasası'nın 47. maddesi gereğince yargıcın, özel durumları göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Takdir edilecek bu tutar, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir işlevi (fonksiyonu) olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek tutar, var olan durumda elde edilmek istenilen doyum (tatmin) duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 gün ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel durum ve koşullar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden yargıç, bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde nesnel (objektif) ölçülere göre uygun (isabetli) bir biçimde göstermelidir.

Dava konusu olayın oluş biçimi, yaralanmanın derecesi, eylemin silahtan sayılan bıçakla gerçekleştirilmiş olması v yukarıdaki ilkeler gözetildiğinde, davacılarından Rıfat yararına takdir edilen manevi tazminat azdır. Daha üst düzeyde manevi tazminat takdir edilmek üzere manevi tazminat takdir olunmak üzere karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2/a) sayılı bentte gösterilen nedenlerle davacılar Ümmühan ile Ramazan yararına; (2/b) sayılı bentte

gösterilen nedenlerle diğer davacı Rifat yararına **(BOZULMASINA)**; davacıların öteki temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenlerle reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 31.03.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

KİRACININ ÖLÜMÜ • MİRASÇILARIN DURUMU • DAVA AÇMADA
İZLENECEK YOL

ÖZET: Kiracının ölümü halinde geride kalan mirasçıları arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunduğu, tahliye talebinin bölünmeyecek isteklerden olduğu dikkate alınarak; temerrüt ihtarinın tüm mirasçılara gönderilmesi, tahliye davasının da tüm mirasçılara karşı açılması gerekir.

Y.6.HD. E: 2009/5651 K: 2009/9354 T: 03.11.2009

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık, temerrüt nedeniyle kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir. Mahkemece istemin kabulüne karar verilmesi üzerine hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili dava dilekçesinde, davalı ve Coşkun'un 01.03.2004 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli sözleşme ile kiracı olduğunu Coşkun'un ölümüyle davalı Derya'nın kiracılığı sürdürdüğünü 2008 yılı Ocak-Eylül ayı arası kira bedellerinin bir kısmının ödendiğini, bir kısmının ise eksik ödendiğini ve söz konusu kira bedelinin ödenmesi için davalıya ihtarname keşide edilmesine rağmen ödeme yapmadığını belirterek temerrüt nedeniyle kiralananın tahliyesini istemiştir. Davalı ödeme belgelerinin olduğunu ve bunları dosyaya sunacağını belirtmiş, ancak herhangi bir ödeme belgesi ibraz etmemiştir.

Davaya dayanak yapılan ve hükme esas alınan 01.03.2004 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kira sözleşmesini Derya ve Coşkun kiracı sıfatıyla imzalamışlardır. Ancak kiracı Coşkun'un 23.02.2005 tarihinde öldüğü davalı Derya tarafından temyiz dilekçesine ekli olarak ibraz edilen mirasçılık belgesinden anlaşılmaktadır. 17.09.2008 keşide tarihli temerrüt ihtarinın kiracılardan Derya'ya gönderildiği ve davanın da Derya aleyhinde açıldığı görülmüştür. Davalı kiracı Derya ile kiracı Coşkun'un mirasçıları arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır. Tahliye istemi bölünmeyecek isteklerden olduğundan, ihtarnamenin kiracıların hepsine gönderilmesi gerektiği gibi davanın da bütün kiracılara karşı açılması gerekir. Dava aşamasındaki eksiklik muvafakat ile giderilse bile ihtarnamedeki eksikliğin bu aşamada giderilmesi mümkün olmayacağından temerrüt olgusunun

gerçekleştiğinin kabulü olanaksızdır. Bu nedenle tahliye davasının reddine karar vermek gerekirken davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir. Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK.'un 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 3.11.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ŞİRKET BİRLEŞMESİ • KİRACILIK SIFATI

ÖZET: Tüzel kişiliği bulunan iki şirketin birleşmesiyle şirketin tüzel kişiliği sona ermiş ve diğer şirketin bünyesi içine katılmıştır. Bu durum karşısında birleşme sonucunda tüzel kişiliğini devam ettiren şirketin kiralanan yerde fuzuli şağil olduğundan söz edilemez.

Y.6.HD. E: 2010/5129 K: 2010/6533 T: 01.06.2010

Davacı vekili, dava dilekçesinde, dava konusu kiralananın M... Gıda ve İth. Mad. San. ve Tic. A.Ş./ye kiralandığını, sözleşmenin 3. maddesi ile kiracının devir ve ortak alma hakkının kısıtlandığını, davacıya tebliğ edilen 02.01.2008 tarihli ihtarname ile kiracı şirketin davalı şirket ile birleştiğinin, davalının kira sözleşmesini aynı şartlarla sürdüreceğinin bildirildiğini, bu şekilde davalının müvekkilesinin izni ve onayı olmaksızın kiralananı işgal etmeye başladığını, Türk Ticaret Kanunu'nun 451 ve 452. maddeleri gereği birleşme ile bir şirketin başka bir şirket tarafından devralınması halinde eski şirketin tüzel kişiliği sona ereceğinden kiracı şirket ile aralarındaki kiracılık ilişkisinin sona erdiğini, davalının taşınmazı fuzuli şağil olarak kullandığını belirterek, davalının kiralananı tahliyesini talep etmiştir. Davalı vekili, davanın haksız ve dayanaksız açıldığını, taşınmazda kiracı olan M... Gıda A.Ş.'nin Türk Ticaret Kanunu'nun 146 ila 451. maddeleri gereği davalı şirket ile birleştiğini, bu birleşmenin 28.12.2007 tarihinde ticaret siciline tescil edildiğini ve konunun 02.01.2008 tarihli ihtarname ile davacıya bildirildiğini, bir şirketin diğer bir şirketi devralması yoluyla birleşmesinin bir ortaklığın ortaklarının başka bir ortaklığa alınması karşılığında mal varlığı veya işletmesini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak o ortaklığa devredilerek tasfiyesiz dağılması olduğunu, bu tür tasfiyesiz birleşmelerde bir şirket sona ererken diğer şirketin varlığını sürdürdüğünü ve bu süreçte devralınan şirketin varlıklarının ve borçlarının devralan şirkete geçtiğini, yani birleşmede külli halefiyet ilkesinin benimsendiğini, külli halefiyetin

birleşmenin tescil ve ilan edildiği anda sonuç doğurduğunu, tasfiyeden farklı olarak tüzel kişiliği sona eren şirketin faaliyetini devralan şirket bünyesinde sürdürdüğünü, halefiyet esasınca bünyesinde birleşilen şirketin kiracının yerini aldığını, fuzuli işgal durumunun olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini savunmuştur. Mahkemece Türk Ticaret Kanunu'nun 146 ila 151. maddelerine göre iki şirketin birleşmesi halinde halefiyet ilkesinin geçerli olup dolayısıyla davalının kiracılık sıfatı bulunduğundan davanın reddine karar verilmiştir.

6570 sayılı Yasa kapsamına giren yerler için Yasa'nın 12. maddesi gereğince kiracı veya fuzuli şağil hakkında akde aykırılıktan dava açılabilir. Kiracı veya fuzuli şağil hakkında aralarında zorunlu dava arkadaşlığı olmadığından ayrı ayrı dava açılabileceği gibi birlikte davalı gösterilmek suretiyle de kiralananandan tahliyeleri istenebilir. Kiracının tahliyesi için daha önce kendisine süreli bir ihtarın tebliğ edilmesi, verilecek süre içerisinde kiralananın akde uygun hale getirilmesinin istenmesi ve bu ihtarın sonuçsuz kalması gerekir. Kiralayan tarafından kiracıya tebliğ ettirilecek ihtarnamede verilecek süre uygun bir süre olmalıdır. Fuzuli şağil hakkında açılacak davada kendisine önceden ihtar gönderilmesi koşulu aranmaz.

Olayımıza gelince; davada dayanan ve hükme esas alınan 21.10.2004 başlangıç tarihli ve altı yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşme ile kiralanan dava dışı M... Gıda ve İhtiyaç Maddeleri San. ve Tic. A.Ş.'ye kirallanmış, sözleşmenin özel 3. maddesinde kiracının kiralananı her ne sebeple olursa olsun bir başkasına devredemeyeceği ve ortak alamayacağı, kiralananı bir başkasına kiraya veremeyeceği, alt kiracı alamayacağı, kiralananın bir başkasına devrinin, ortak alınmasının ve alt kiracı alınmasının kiralayanın yazılı iznine bağlı olduğu kararlaştırılmıştır. Kiracılık süreci içinde 28.12.2007 tarihinde kiracı şirket, davalı şirket ile birleşmiş ve aynı tarihte birleşmenin tescil edildiği ilan Edilmiştir. Bu husus 08.01.2008 tarihli Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayınlanmıştır. Buna göre kiracı şirket birleşen, davalı ise birleşilen şirket durumundadır. Daha sonra davalı, davacıya 02.01.2008 tarihinde keşide ettiği ihtarname ile birleşme durumunu ve mevcut kira sözleşmesinin davalının kiracılığında devam ettiğini bildirmiştir. Davacı ise 11.01.2008 tarihli cevabi ihtarnamesinde davalı şirketin taşınmazı kiracı sıfatı ile kullanmasına onayının bulunmadığını belirtmiştir.

Görüldüğü üzere taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı şirketin kiracı şirket ile Türk Ticaret Kanunu'nun 146-151 ve 451. maddelerine göre iltihak suretiyle birleşmesi halinde sözleşmeye konulan devir yasağı gereğince birleşilen şirket durumundaki davalının fuzuli şağil olup olmadığı noktasındadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 146/1. maddesinde şirketlerin birleşmesi, "birleşme iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiri ile birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmalarından veya bir yahut daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine iltihak etmesinden ibarettir" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Kanun'un 151. maddesinde ise devreden veya yeni kuruluşa iştirak eden şirketlere ait bütün hak ve borçların devralan

veya yeni kurulan ortaklığa iltihak edeceği hükmü öngörülmüştür. Türk Ticaret Kanunu'nun 451. maddesinde de bir anonim şirketin diğer bir anonim şirket tarafından bütün aktif ve pasifleriyle devralınmak suretiyle infisah etmesi durumunda benzer hükümler yer almaktadır. Dava konusu edilen olayda kiracı şirket, davalı şirket ile Türk Ticaret Kanunu'nun 146. maddesi gereğince davalı şirkete iltihak etmek suretiyle birleşmiştir. Birleşme işlemi ticaret sicilinde tescil edilmek suretiyle itirazsız kesinleşmiş, aynı Kanun'un 151. maddesindeki külli halefiyet ilkesi gereğince davalı şirket kiracı şirketin yerine geçerek kiracı şirketin tüm hak ve borçlarına halef olmuştur. Aynı konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.03.1963 gün ve 6/63 esas 31 karar sayılı kararında ticaret şirketlerinin birleşerek yeni bir şirket meydana getirmeleri halinde yeni şirketin eskisinin devamı, "külli halefi" olduğu gerekçesi ile kira sözleşmesine aykırılık sebebine dayanan davanın reddine karar verilmesi gerektiği açıklanmıştır. Tüm bu nedenlerle kiracı şirket ile davalı şirketin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun birleşmeleri sonucunda davalı şirket, kiracı şirketin sahip olduğu bütün hak ve alacakları ile borçlarına sahip olduğundan Türk Ticaret Kanunu'nun 151. maddesindeki külli halefiyet ilkesi gereğince kira sözleşmesindeki hak ve borçların da davalı şirkete intikal ettiğinin kabulü gerekir. Bu durum yasa gereği olduğundan davacının onayının aranmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Yasaya uygun olarak gerçekleştirilen işlem nedeniyle davalı şirket kiralanda fuzuli şağil durumunda olmadığından mahkemece davanın reddine karar verilmesinde bir usulsüzlük bulunmadığı bu defaki incelemeden anlaşılmakla davalı vekilinin karar düzeltme isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ: Davalı vekilinin karar düzeltme isteğinin kabulü İle Dairemizin 15.02.2010 gün ve 427-1492 sayılı bozma kararının kaldırılarak yerel mahkemenin 18.12.2008 gün ve 2008/720 esas, 2008/2143 karar sayılı kararının **(ONANMASINA)**, 01.06.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

HİSSELİ TAŞINMAZ ÜZERİNDEKİ BİNA • AİDİYET TESPİTİ • HUKUKİ YARAR UNSURU

ÖZET: Hisseli taşınmazın kamulaştırılması veya ortaklığın giderilmesi davası açılması gibi bir durum olmadığına göre, davacının taşınmaz üzerindeki muhdesatın tespiti davası açmasında hukuki yarar yoktur. Taşınmazın icradaki satışında üzerindeki bina ile satış yapılacağından bu durumda da aidiyet tespiti davası açılmasında hukuki yarar yoktur.

Y.7.HD. E: 2009/2899 K: 2009/4298 T: 12.10.09

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca duruşmalı olarak incelenmesi istenilmekle, duruşma için tebliğ edilen **06.10.2009** günü belirlenen saatte temyiz eden **A. Katılım Bankası A.Ş. vekili** geldi, gelenin huzuru ile duruşmaya başlandı. Duruşmada hazır bulunan tarafın sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmanın bittiği bildirildi. Tetkik hakiminin raporu okundu. Dosyadaki belgeler incelendi, tetkik hakiminin açıklamaları dinlendi. Gereği görüşüldü:

1- Dava paylı mülkiyet şeklinde tapuda kayıtlı taşınmaz üzerinde bulunan muhdesatın aidiyetinin tespiti ve muarazanın giderilmesi istemine ilişkindir.

İddia ve savunmaya, duruşma tutanaklarına yansıyan bilgi ve belgelere dosya içeriğinde toplanıp değerlendirilen delillere, taşınmazın kamulaştırılmasının ya da ortaklığının giderilmesi için açılmış bir dava bulunmaması nedeni ile davacının tespit davası açmakta hukuki yararının varlığından söz edilemeyeceğinden, davanın davalılar tarafından davalının 44/196870 payına konulan ipotek nedeni ile davalı banka tarafından yapılan ipotegın paraya çevrilmesi yoluyla satış istemli icra takibi üzerine çıkan uyuşmazlık nedeni ile açılmış olmasına, bu olgu gözetildiğinde dava değerinin davalı payı esas alınarak belirlenmesi gerekmesine, bu değer üzerinden alınması gereken harcın peşin alınan harçla karşılanmış olmasına, bu nedenlerle mahkemece tespit davasının reddine karar verilmesinde ve harcın tamamlanmamasında bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı tarafın tüm, davalı tarafın yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının **REDDİNE**,

2- Davalı tarafın muarazanın men'i ve vekalet ücreti ile ilgili hükme yönelik temyiz itirazlarına geline; mahkemece muarazanın giderilmesi isteminin kabulüne, reddedilen tespit istemi değerine göre davalı taraf yararına 600,00 TL vekalet ücreti verilmesine karar verilmiş ise de, varılan

sonuç dosya içeriğinde toplanan delillere ve yasal düzenlemelere uygun düşmemiştir.

Yukarıdaki bentte açıklandığı üzere davacının tespit, davası açmakta hukuki yararının bulunmadığı, ipotegin taşınmazın arzı ile birlikte taşınmaz üzerindeki muhdesatları da kapsadığı, ipotek davalının payı üzerine konulduğuna göre satışın da ancak davalı payı için yapılacağı, pay dışında kalan taşınmaz arzı ve muhdesat yönünden satış yapılmasına yasal olanak bulunmadığı, uyuşmazlığın bu yönü gözetildiğinde davalı tarafından yapılan işlemlerde yasaya aykırılık bulunmadığından giderilecek bir muarazadan da söz edilemeyeceği dikkate alınarak davacının muarazanın giderilmesine yönelik isteminin de reddine karar verilemesi ve davalı taraf yararına hüküm tarihinde yürürlükte Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleri dikkatte alınarak nispi tarife üzerinden 1.200,00 TL vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken eksik vekalet ücreti tayin ve takdiri dahi isabetsiz, davalı tarafın nedenlerle yerinde görüldüğünden **BOZULMASINA**,

Yargıtay duruşmasında kendisini vekille temsil ettiren davalı taraf yararına takdir ve tespit olunan 625,00 TL vekalet ücretinin davacı taraftan alınarak davalı tarafa verilmesine, peşin alınan 110,20 TL harcın istek halinde davalı tarafa iadesine, 12.10.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**BORDROLARDA GÖRÜNEN FAZLA ÇALIŞMALAR
İŞÇİ'NİN HAKLARI • İYİNİYET KURALI**

ÖZET: Fazla çalışma iddiasını davacı işçi ispatlamakla yükümlüdür. Bu iş yapılırken tanık dinletilebilir, herkes tarafından bilinen vakalara da dayanılabilir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma görünüyorsa ve işçi bordroları ihtirazi kayıtsız imzalamış ise artık işçi için tekrar fazla çalışma ücretinden söz edilemeyecektir.

Ancak, işçinin bordrolarda görüldüğünden çok daha fazla şekilde fazla mesai yaptığı açık bir şekilde anlaşılıyorsa işçi için fazla çalışma ücreti talep edilebilme hakkı doğacaktır.

Y.9.HD. E: 2008/36158 K: 2009/2641 T: 17.02.09

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçinin fazla çalışma ücretlerinin tam olarak ödenip ödenmediği ve buna göre davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Davalı işveren hakların tam olarak ödendiğini savunmuş ve buna göre işçinin feshinin haklı nedene dayanmadığı beyan edilmiştir. Mahkemece savunmaya değer verilerek isteklerin reddine dair karar verilmiştir.

Hükmü davacı vekili süresi içinde temyiz etmiştir.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi iddiasını ispatla yükümlüdür. Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler işyeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakılarda bu noktada göz önüne alınabilir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa işçi tanıtından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün olmadığı görücü Dairemizce ilke kararı olarak benimsenmiştir. Gerçekten, fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışmaların

gösterildiği ve karşılığında zamlı ücret tahakkuklarının yer aldığı bordro işçi tarafından imzalanmakla içeriğinin kabul edildiği anlamı ortaya çıkmaktadır. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazı kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir.

İş Hukuku, işçi haklarının korunması noktasında sürekli ileriye dönük ve gelişimci bir karaktere sahiptir. Değişen çalışma koşulları ve ekonomik göstergelere göre yeni kurallara ihtiyaç duyulsa ve esnekleşme çabaları İş Hukukunun diğer bir yönü olsa da işçinin korunması temel amaç olarak varlığını hissettirir. Yasal bir hakkın kötüye kullanımının dahi korunmadığı bir hukuk düzeninde, içtihat birliğinin sağlanması temel amacına yönelik olarak Dairemizce ilkeye bağlanan hususların kötüye kullanılamayacağı açıktır.

İşçinin çalışmaları karşılığı tam olarak bordroda gösterilmediği halde tahakkuk belgesinde imzası alınmak suretiyle haklarının ortadan kaldırılması kabul edilebilir bir durum değildir.

Somut olayda davacı işçi fazla çalışmaların tam olarak ödenmemesini fesih nedenleri arasında göstermiştir. Davacı tanıkları günde 2 vardiya usulüne göre her gün 12 saat çalışmayı açıklamışlar, davalı işveren tanıkları ise günde 3 vardiya uygulamasının olduğunu belirtmişlerdir. İşyerinde keşif yapılmış ise de iş güvenliği uzman makine mühendisi bilirkişi raporunda tanık beyanlarındaki çelişkiye dikkat çekilmemiş ve işyeri kayıtları üzerinden incelemeye gidilerek günde kaç vardiyanın olduğu konusu netleştirilmemiştir. İşyerinde günde 12 saat çalışma şeklinde 2 vardiya uygulandığı bir çalışma şeklinde davacı işçinin bordrolarda görünenin çok üzerinde fazla çalışma yaptığı kabul edilmelidir. Dosyaya sunulan davacının imzasını taşıyan bordrolarda çoğunlukla ayda bir saat fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilmiş, bazı aylarda ise birkaç saat tahakkuku yer almıştır.

Öte yandan işyerinde çalışan davalı tanıkları davacının fazla çalışma saatlerini bordrolarda görünenden çok daha fazla olarak açıklamışlardır. Davalı tanıklarından birisi ayda 15 saat diğeri 30 saat fazla çalışmadan söz etmiştir. Oysa yukarıda açıklandığı gibi ücret bordrolarında tahakkuk ettirilen aylık fazla çalışma süresi sadece birkaç saattir.

Mahkemece işyeri kayıtları getirilmeli ve günde kaç vardiya olduğu hususu vardiya kayıtları ve diğer belgelerden belirlenmelidir. İşyerinin Bölge Çalışma Müdürlüğünde olağan denetimler sonucu hazırlanmış olan inceleme raporları da getirilmelidir. Gerekirse bilirkişiden ek rapor alınarak, işveren kayıtları ile dosya içeriğine göre fazla çalışmaların tam olarak ödenip ödenmediği üzerinde durulmalı ve sonucuna göre fazla çalışma ücreti ile kıdem tazminatı istekleri yönünden karar verilmelidir. Eksik incelemeyle hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.02.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

İŞÇİNİN BAŞKA BİR İŞYERİNDE ÇALIŞTIRILMASI • DÜRÜSTLÜK KURALI

ÖZET: İşçinin il sınırları içinde veya dışında başka bir işyerinde çalıştırılacağını öngören sözleşme hükmü geçerlidir.

Ancak, bu yetkinin işveren tarafından dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerekir.

Y.9.HD. E: 2009/20411 K: 2010/14372 T: 24.05.2010

DAVA: Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesi istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

Davacı vekili, davalıya ait Ataşehir Mağazasında önce sözlü olarak 10 gün geçici süre ile Gölcük Mağazasında görevlendirildiğini, süre bitiminde önceki görev yerine dönmek istediğinde bu kez yazılı olarak Gölcük mağazasına atandığının ve burada çalışması gerektiğinin belirtildiğini, davacının bu atamayı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. Maddesi uyarınca feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının davalı işyerinde 29.09.2003 tarihinden beri mağaza müdür yardımcısı olarak çalıştığını bu süre içinde geçici olarak Anadolu yakasındaki mağazalarda birkaç günlük sürelerle çalıştırıldığını, 17.01.2009 tarihinde geçici olarak 160 Km mesafede bulunan Gölcük ilçesinde 10 günlük süre ile bölge müdürü tarafından sözlü olarak görevlendirildiğini, bu görevi işine bağlılığı nedeni ile kabul ettiğini, günlük 60.00.TL. yol masrafını kendisinin karşıladığını, 10 günlük süre sonunda bölge müdürü tarafından yine sözlü olarak bundan sonra devamlı olarak Gölcük mağazasında çalışacağının kendisine bildirilmesi üzerine işverene 27.01.2009 tarihinde çektiği ihtarname ile işinde esaslı değişiklik yaratmayan bir mağazada çalışmak istediğini değişikliğin kendisine yazılı olarak verilmesini istediğini, 29.01.2009 tarihinde gönderilen yazı ile 17.01.2009 tarihinden itibaren Gölcük mağazasında görevlendiğinin bildirildiğini, söz konusu yazının 02.02.2009 tarihinde kendisine ulaştığını ve bu değişikliği 4857 Sayılı Yasa'nın 22. maddesine uygun bulunması nedeni ile kabul etmediğini, 03.02.2009 tarihinde işverene noter kanalı ile bildirdiğini, iş akdinin 4857 sayılı yasanın 25/11-g maddesine göre feshinin koşullarının

oluşmadığını belirttiğini, 05.02.2009 tarihli yazı ile iş akdinin 25/11-g maddesine göre sona erdirildiğinin kendisine bildirildiğini, feshin haklı nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, 4857 Sayılı Yasa'nın 22. maddesi açık olup görev değişikliğinin işçiye yazılı olarak yapılması gerekmekte olup, 6 günlük süre içinde işçi tarafından kabul edilmeyen değişikliğin işçiye bağlamayacağı, değişikliğin kabul edilmemesi halinde işverenin değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak suretiyle iş akdinin sona erdirebileceği, davalı işverenin bu kurala uymadığı, davacıyı 17.01.2009 tarihinde Gölcük Mağazasında geçici olarak ve sözlü olarak görevlendirmesine rağmen bu görevlendirmeyi 29.01.2009 tarihli noter ihtarı ile ve görevlendirmeden 12 gün sonra bildirdiği, davacının Gölcük mağazasında usulüne uygun bir görevlendirilmesi söz konusu olmadığından devamsızlığının da söz konusu olamayacağı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz, işçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka tür geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dav; açabilir". Getirilen bu düzenleme ile işçinin iş şartlarında esaslı değişikliği kabul etmemesi halinde işveren ya bu değişikliği yapmamak ya da iş akdini feshetmek zorunda kalmaktadır. Böylece işçi sadece kıdem tazminatı değil, sözleşmenin işveren feshine bağlanan batım haklarını isteyebilmekte, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma koşulları varsa feshin geçersizliğini ve işyerine iadeyi talep edebilme olanağını elde etmektedir. Başka bir anlatımla, işverenin iş akdinde esaslı bir değişiklik yapmak istediği durumlarda işçinin feshe zorlanması yerine sözleşmeyi fesih riski işverene yüklenmektedir.

İşveren tarafından iş şartlarında, yapılan değişiklik, işverenin yönetim hakkı kapsamında kalıyorsa esaslı değişiklik sayılmaz. Kısaca, işveren yönetim hakkının kapsamında bulunan konularda tek taraflı değişiklik yapabilir. İşverenin yönetim hakkı yasadan, sözleşmeden ve işyeri uygulamasından kaynaklanabilir. Bu konuda en yaygın, işçinin imzaladığı sözleşme veya sözleşmenin eki niteliğindeki yönetmelik hükümleri ile değişiklik yapılmasını kabul etmesidir. Ancak yönetim hakkı kapsamında kalan değişikliğin, işçinin kişilik haklarına, emredici kurallara ve ahlaka aykırı olmaması, işverenin bu hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanması

gerekir. Bir başka anlatımla, işveren yönetim hakkı kapsamında kalan değişiklik yetkisi, sözleşme özgürlüğünün sınırları kapsamında incelenmeli, dar yorumlanmalı ve işverenin bu hakkını keyfilik denetimine tabi tutulmalıdır. Yönetim hakkı kapsamında kalan veya sözleşme ile kabul edilen ve geçerli sayılan değişikliklerde, işçinin işverenin bu talimatına uyması gerekir. Aksi halde, değişiklik esaslı değişiklik olmadığından işveren, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/11. h maddesi uyarınca ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etme veya görev yerine gitmemekten dolayı aynı maddenin g fıkrası uyarınca devamsızlık nedeni ile iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına sahiptir. Her iki durumda da işçi iş görme borcuna aykırı davranmaktadır, işveren haklı fesih yerine nedeni belirtmek, yazılı yapmak ve işçinin savunmasını almak sureti ile iş sözleşmesinin geçerli nedenle de feshedebilir.

Dosya içeriğine göre davacı işçi 2003 yılından beri davalı işverenin Ataşehir Mağazasında müdür yardımcısı olarak çalışmaktadır. Davacı işçi ile davalı arasında imzalanan iş sözleşmesinin 3. Maddesinde işverenin "önceden muvafakat alınmadan yöneticinin vilayet sınırları veya dışında başka bir mağazada görevlendirilebileceği" hükmüne yer verilmiştir. Davacı davalı işveren tarafından bu hüküm doğrultusunda İstanbul Anadolu yakasındaki şubelerde geçici olarak görevlendirilmiştir. En son davacı işçi İstanbul ili dışında 160 km uzaklıkta Gölcük şubesinde 10 gün süre ile geçici olarak sözlü talimatla görevlendirilmiş, davacı işçi bu görevlendirme gereği giderek çalışmıştır. Ancak süre bitimi eski asli görev yerine dönmek isteyen davacıya bu kez işveren tarafından yazılı olarak gönderilen ihtarnama ile sürekli olarak aynı ücret ve göreve Gölcük Mağazasına atamasının yapıldığı, göreve devam etmesi, aksi halde iş sözleşmesinin feshedileceği belirtilmiştir. Davacı işçi bu görev değişikliğini, iş şartlarını da esaslı değişiklik olduğunu belirterek kabul etmemiştir. Davalı işveren bunun üzerine davacının Gölcük işyerine gelmediği ve görevleri hatırlatıldığı halde ısrarla yapmadığı gerekçesi ile iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/11.g ve h maddesi uyarınca feshetmiştir.

Somut uyumsuzlukta, işçinin görev yerinin değiştirilmesi, bir değişikliktir. Ancak taraflar arasındaki söylenmenin 3. Maddesi işverene nakil yetkisi verdiğinden, kural olarak davacının görevlendirilmesi sözleşmedeki yönetim hakkına dayandığından davacı işçinin bu atamayı kabul etmesi kuraldır. Bu nedenle mahkemenin davacının Gölcük mağazasında usulüne uygun bir görevlendirilmesi söz konusu olmadığından devamsızlığının da söz konusu olamayacağı gerekçesi yerinde değildir. Ancak davacının genelde İstanbul Anadolu Bölgesinde geçici görevlendirildiği, Gölcük Mağazasında da bu şekilde görevlendirildiği ve bu görevlere gittiği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar nakil yetkisi sözleşmeden kaynaklanmakta ise de, bu nakil yetkisinin kötüye kullanılıp kullanılmadığının keyfilik ve nesnellik açısından denetime tabi tutulması gerekir. Zira işverenin sözleşmeden kaynaklanan değişiklik yapma yetkisi sınırsız değildir. Bu yetkinin keyfi kullanılmaması gerekir.

Bu nedenle nakil yetkisinin keyfi olup olmadığı, davalının görevlendirme de nesnel bir açıklamasının olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.5.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BİRBİRİYLE ÇELİŞEN İDDİALAR • İBRANAME İŞÇİ ÜCRETİNDE FAİZ • İHTARNAME GİDERİ*

ÖZET: Davalı işverenin savunmasıyla çelişen ibranamenin geçerli olduğu kabul edilemez.

Prim ve ikramiye alacaklarına mevduata uygulanan en yüksek faiz işletilmelidir.

İşçinin işverene haklı olarak gönderdiği ihtarnamenin masrafı işverenden istenebilecektir.

Y.9.HD. E: 2008/5605 K: 2009/20373 T: 09.07.2009

DAVA: Davacı, teşvik ikramiyesi, fazla çalışma, ihtarname masrafının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm; davacının aşağıdaki bentlerin dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin, fazla çalışma alacağı yönünden geçerliliği olup olmadığı uyuşmazlık konusudur.

Davacı işçi, fazla mesai alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek fazla çalışma alacağı isteminde bulunmuştur.

* Gönderen: Av. Esra Yağcı

Davalı işveren, cevap dilekçesinde bir taraftan davacının fazla mesai alacaklarının ibraname ile eksiksiz ödendiğini belirtirken diğer taraftan davacının fazla çalışmasının bulunmadığını belirterek savunmasında çelişkiye düşmüştür.

Mahkemece, ibraname nedeniyle davacının fazla çalışma alacak isteğinin reddine karar verilmiştir.

İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanununun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanununda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmelidir. Bu noktada ibra sözleşmesinin ödeme yönünde bir anlaşma olmadığı, borcun sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir.

İş Hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanununda düzenlenmesi gerekliliğinin ötesinde, İş Hukukunun işçiye koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır. İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmak ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir.

Yeni Borçlar Kanunu tasarısında bu konuya değinilmiş ve 419. maddesinde, işçi ve işveren ilişkileri açısından ibra sözleşmesine dair bazı kurallara yer verilmiştir. Bahsi geçen düzenleme de, işçilik alacaklarına sona erdiren ibra sözleşmelerinin sınırlı biçimde ele alınması gerektiğini göstermektedir. Bu itibarla Borçlar Kanunu'nun irade fesadını düzenleyen 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin İş Hukukunda ibra sözleşmeleri bakımında çok daha titizlikle ele alınması gerekir. İbra sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın ya da üçüncü şahsın hile ya da korkutmasıyla karşılaşması halinde ibra iradesine değer verilemez.

Öte yandan Borçlar Kanunun 21. maddesinde sözü edilen aşırı yararlanma (gabin) ölçütünün de ibra sözleşmelerinin geçerliliği noktasında değerlendirilmesi gerekir.

İş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir, işçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır.

İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle işveren tarafından işçinin hak

kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ile ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir.

Miktar içermeyen ibra sözleşmelerinde ise geçerlilik sorununu titizlikle ele alınmalıdır. İrade fesadı denetimi uygulanmalı ve somut olayın özelliklerine göre ibranamenin geçerliliği konusunda çözümler aranmalıdır (Yargıtay 9.HD. 27.06.2008 gün 2007/23861 E, 2008/ 17735 K.).

Somut olayda; davalı işveren fazla mesaiye ilişkin savunmasında çelişkiye düşmüştür. Bir taraftan davacının fazla çalışma alacaklarının ibraname ile eksiksiz ödendiği belirtilirken diğer taraftan davacının işyerinde çalıştığı dönemde fazla çalışmasının bulunmadığı belirtilmiştir. Dairemizin yerleşik uygulamasına göre bu şekilde çelişkili durumlarda ibranameye itibar edilmemektedir. Bilirkişi de hesap raporunda fazla mesai alacağı yönünden bu çelişkili durumu belirlemiş ve indirim hususu mahkemeye bırakılmak üzere fazla mesai alacağı hesaplanarak mahkemenin takdirine sunulmuştur. Bilirkişinin fazla mesai alacağı yönünden yaptığı hesaplama ve yapılabilecek indirim miktarı mahkemece bir değerlendirmeye tabi tutularak davacının fazla çalışma alacağı hakkında bir hüküm vermek gerekirken, ibraname nedeniyle bu isteğin yazılı şekilde reddine karar verilmesi doğru değildir.

3-İşçilik alacaklarında uygulanması gereken faiz konusunda taraflar arasında uyumsuzluk bulunmaktadır.

Davacı, dava ve ıslah dilekçesinde teşvik primi ikramiye alacağına en yüksek mevduat faizi talep etmiştir.

Mahkemece, hüküm altına alınan teşvik primi ikramiyesi alacağına yasal faiz uygulanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde faiz konusunda düzenlemelere yer verilmiştir. Anılan Yasanın 34. maddesinde, gününde ödemeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanacağı hükmü bulunmaktadır. Maddede sözü edilen ücret geniş anlamda ücret olup, çalışma karşılığı ücretler ile ikramiye, prim, jestiyon ve benzeri ödemeler ve fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücretleri de bu kapsama dahildir. İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4 aya kadar boşa geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır.

Öte yandan, ücretin toplu iş sözleşmesinden kaynaklanması halinde 2822 sayılı yasanın 61. maddesi uyarınca söz konusu alacağa uygulanması gereken faiz, en yüksek işletme kredisi faizi olmalıdır.

Ücret alacağının 1475 sayılı yasa döneminde doğmuş olması durumunda 10.6.2003 tarihine kadar yasal faiz, bu tarih sonrası ücretler bakımından ise

bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir, işçinin ücret konusundaki talebinin "yasal faiz" olarak adlandırılmış olması da 4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesinin uygulanmasına engel değildir. Gerçekten, ücret alacağı bakımından anılan 34. maddede faizle ilgili olarak yasal düzenleme yer aldığından, işçinin isteğinin, bahsi geçen özel faizin talep edildiği şeklinde değerlendirilmesi gerekir.

Ücret alacağı bakımından faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmelidir. Ancak, bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde açıkça bir Ödeme günü kararlaştırıldığında, belirlenen ödeme tarihi sonrasında faiz işlemeye başlar.

Ücret alacağı için özel banka kamu bankası ayrımı yapılmaksızın mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının belirlenmesi gerekir. Yasada, "uygulanan en yüksek faiz" sözcüklerine yer verilmiş olmakla bahsi geçen faiz oranının uygulanıp uygulanmadığı tespit olunmalıdır. Bankaların belli dönemlerde T. C. Merkez Bankası'na uygulayabileceklerini bildirdikleri faiz oranı filen uygulanmış olmadıkça ücret yönünden dikkate alınmaz.

Bankaların uyguladıkları faiz oranları bir ya da birkaç aylık veya bir yıllık vadelerle belirlenmektedir. Bunlardan en uzun vade bir yıl olup, en yüksek faiz oranı da bir yıllık mevduata uygulanmaktadır. Bu durumda ücret alacağı için uygulanması gereken faiz, ödeme gününün kararlaştırıldığı ya da temerrüdün gerçekleştiği zamanda bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olmalıdır. Aynı alacak için ikinci yılın başlangıcındaki en yüksek banka mevduat faizinin belirlenerek uygulanması, gecikme daha da uzunsa takip eden yıllar için de aynı yöntemle başvurulması gerekir. Yıl içinde artan ve eksilen faiz oranları dikkate alınmaz. Yıllar itibarıyla faiz oranları değişebileceğinden kararda faiz oranının gösterilmemesi gerekir.

Somut olayda; Mahkemece hüküm altına alınan teşvik primi ikramiye alacağına yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda en yüksek banka mevduat faizi uygulanması gerekirken yasal faize hükmedilmesi hatalıdır.

4-Davacı, dava dilekçesinde ihtarname masrafı talep etmiştir. Bilirkişi hesap raporunda, ihtarname masrafı ile ilgili makbuz ve belge ibraz edilmediğinden bu kalemde hesaplama yapılmamıştır. Mahkemece de ihtarname masrafı ile ilgili makbuz ve belge ibraz edilmediği gerekçesi ile ihtarname masrafı alacak isteği reddedilmiştir.

Davacı işçi, bilirkişi raporunun ibrazından sonra dosyaya 14.04.2006 tarihli ihtarname noterlik makbuzunu ibraz ettiği halde, mahkemece bu makbuz bir değerlendirmeye tabi tutulmadan yazılı şekilde bu isteğin reddedilmesi hatalı olup kararın bu yönden de bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09/07/2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ GÜVENCESİ • İŞVEREN VEKİLİ SIFATI

ÖZET: İş güvencesi hükümleri dışında kalarak işveren vekili konumunun tespitinde iki temel ölçüye göre değerlendirme yapılır.

Buna göre işletmenin bütününü sevk ve idare yetkisi bulunan işveren vekili salt bu konumuyla iş güvencesi dışındadır. İşletmenin değil de işyerinin sevk ve idaresini üstlenen ve işçi alıp çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili de iş güvencesi kapsam dışındadır.

Y.9.HD. E: 2009/41752 K: 2010/38580 T: 17.02.10

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi T.Yavuz tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı vekili, davalı işveren tarafından geçersiz nedenle iş akdi feshedildiğinden feshin geçersizliğine ve işe iadesine, karara rağmen işveren tarafından süresi içerisinde işe başlatılmaz ise 8 aylık brüt ücret tutarında tazminatın belirlenmesine, fesih tarihinden itibaren, çalışmadığı süreye ilişkin 4 aylık ücretinin ve sosyal haklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının, davalı şirket müdürü olarak çalıştığını, şirketin tüm sorumluluğunu taşıdığını, elemanların seçimi ve işten ayrılması konusunda da yetkili olduğunu, bu konuda ticaret sicil gazetesi incelendiğinde açıkça anlaşıldığını, ayrıca şirketin zaman içinde hiçbir ekonomik faaliyet göstermediği için zarar ettiğini, bu nedenle şirket ortaklarının davacının işine son verdiğinden dolayı davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme tarafından, davacının iş akdinin 22.07.2009 tarihinde sona erdirildiği, fesih nedeninin bildirilmediğini, ibraname tanzim edildiği ve ibranamenin tebliğ edildiği anlaşıldığı, fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin şekilde belirtilmesi gerektiği, davacının fesih işleminin bu şartlara uygun olarak yapılmadığı, sadece ibraname tanzim edildiği ve bunun tebliğ edildiği anlaşıldığından fesih geçersiz olup davanın bu nedenle kabulü karar verilmiştir.

Davalı vekili tarafından karar temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi işçinin işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları veya işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda bulunmaması gerekir.

İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekilleri her şeyden önce, işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekilleri ile yardımcıları olduğuna göre, işletmenin tümünü yöneten genel müdürler ile yardımcıları iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır. Ancak belirtelim ki, iş yerinde genel müdür veya genel müdür yardımcısı unvanının kullanılması tek başına iş güvencesi kapsamı dışında bulunma sonucunu doğurmaz. Önemli olan, kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işletmenin bütününü yönetip yönetmediğidir; bu hususta görev tanımı ve konumuna bakmak gerekir.

İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekillerinin ikinci grubunu, işletmenin değil de işyerinin bütününü yöneten ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleridir. Buna göre, işletmenin bütününü sevk ve idare edenler, başka bir şart aranmaksızın işveren vekili sayılırken; işletmenin değil de işyerinin bütününü sevk ve idare edenlerin 18'nci madde anlamında işveren vekili sayılabilmesi için ilave olarak, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisini haiz olması şartı aranır, işyerinin tümünü sevk ve idare ile işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi katlanmış olarak, birlikte aranır. Bu işyeri işletmeye bağlı bir işyeri de olabilir. Dolayısıyla bir banka şubesi müdürü ile fabrika müdürü, işyerini sevk ve idare etmekle beraber, özgür iradesi ile işçi alma ve işten çıkarma yetkisi yoksa İş Kanunu'nun 18. maddesi anlamında işveren vekili sayılmaz. İş güvencesinden yararlanır. Aynı şekilde, işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan insan kaynakları müdürü ile personel müdürü, işyerinin tümünü yönetmediğinden iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir. Ancak işletmeye bağlı bir işyerinde, bu işyerinin tümünü sevk ve idare eden, ayrıca işe alma ve işten çıkarma yetkisi olan işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Dairemizin uygulaması da bu yöndedir. (26.05.2008 gün ve 2007/35929 Esas, 2008/12484 Karar sayılı ilamımız).

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davacının, davalı şirketin müdürü olarak şirketi her konuda münferiden temsil ve ilzam etmek üzere yetkili olduğu ticaret sicil kayıtlarından anlaşılmaktadır. Ticaret sicil kayıtlarındaki bu tescil karşısında davalı şirket ile davacı arasında düzenlenecek sözleşme ile bu yetkinin bölünmesi üçüncü kişileri bağlamayacağından davacının işveren vekili sayılması gerekir. Bu nedenle iş güvencesi kapsamı dışında kaldığı anlaşıldığından, davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarda açıklanan gerekçe ile;

1.) Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve ;ayısı belirtilen kararının BOZULARAK

ORTADAN KALDIRILMASINA

2.) Davanın REDDİNE,

3.) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4.) Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 40.00 TL. yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5.) Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarife göre 1.100 TL. ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6.) Davalı tarafından yatırılan temyiz harcının istek halinde kendisine iadesine,

Kesin olarak oybirliğiyle 17.12.2010 tarihinde karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**HAYALİ SİGORTALILIK • KURUMUN İPTAL YETKİSİ
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ**

ÖZET: Sosyal güvenlik kontrol memuru tarafından yapılan tespite ve rapora dayanılarak kurumun verdiği “sigortalılık tescilinin iptali” kararının yetki yönünden geçerli olduğu kabul edilmeli ve işin esasına girilerek inceleme ve araştırma yapılmak suretiyle hüküm kurulmalıdır.

Y.10.HD. E: 2010/6605 K: 2010/10570 T: 08.07.2010

Davacılar vekili, davacıların ortak çocuğunun sigortalılık tescilini iptal eden Kurum işleminin iptalini istemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalı SGK Başkanlığı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Sigortalılığı iptal edilen ortak çocukları adına eşiyle birlikte velayeten davayı açan "baba" ile dava dışı Shop Mix Alışveriş Merkezleri Kiralama Organizasyon ve Danışmanlık Hizmetleri Ticaret A.Ş. arasında 20.04.2008 günü düzenlenen "Süresi Belirli Kısmi Süreli İş Sözleşmesi'nde; anılan çocuğun, bir alışveriş ve eğlence merkezi'nde 23 Nisan tarihinde düzenlenecek Çocuk Şenliği'nde 14:00 - 18:00 saatleri arasında oyun aktivitelerine katılacağını belirtildiği, işveren konumunda yer alan şirkete ait işyerinde 23.04.2008 günü çalışmaya başlanacağı bilgisini içeren işe giriş bildirgesinin 22.04.2008 tarihinde davalı Kuruma verilmesi üzerine zorunlu sigortalılık tescil işleminin yapıldığı, adına hesap pusulası ile aylık prim ve hizmet belgesi düzenlenip sigorta primi yatırılan çocuğa söz konusu şirket tarafından 50,00 TL. ödendiğine ilişkin 15.05.2008 günlü tediye makbuzunun bulunduğu, daha sonra, bu şirkete ait işyerinde Kurum kontrol memuru tarafından yapılan denetim ve kontrol üzerine, aynı durum ve konumdaki çeşitli yaşlarda toplam 26 adet çocuk yönünden saptamalar içeren 18.08.2008 günlü "İşyeri Durum Tespit Tutanağı" ve 19.09.2008 tarihinde de rapor düzenlendiği, Kurumca, sözü edilen rapor ve belirlemelere dayanılarak; çocukların yaptıkları faaliyetlerin eylemli çalışma olarak değerlendirilemeyeceği, sigorta bildirimlerinin gerçeği yansıtmadığı ve 5510 sayılı Kanun hükümlerinden etkilenmemek amacıyla muvazaalı olarak

yapıldığı gerekçeleriyle sigortalılık tescil işlemlerinin 2008 yılının Kasım ayında iptal edildiği anlaşılmaktadır.

Davanın yasal dayanaklarından olan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun "Teftiş, kontrol ve denetleme yetkisi" başlığım taşıyan 130. maddesinde: sigorta müfettişlerinin, bu Kanunun uygulanması bakımından. İş Kanununda belirtilen teftiş, kontrol ve denetleme yetkisine sahip oldukları, sigorta müfettişlerince görevleri sırasında saptanan Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin yemin dışında her türlü delille kanıtlanabileceği, bu maddenin uygulamasında teftiş, kontrol' ve denetleme yetkisine sahip olanlar tarafından düzenlenen tutanakların aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğu, işverenler ve sigortalılar ile işle ilgili Kurum personelinin, görevli sigorta müfettişlerince bilgi vermek üzere çağrıldıkları zaman gelmek, gerekli olan belge ve delilleri getirip göstermek ve vermek, görevlerini yapmak için her türlü kolaylığı sağlamak ve bu yoldaki isteklerini geciktirmeksizin yerine getirmekle yükümlü oldukları, sigorta müfettişlerine bu görevleri yaparken, tüm kamu görevlilerinin gerekli kolaylığı gösterip yardımcı olacakları, Kurumun, sigorta yoklama memurları aracılığıyla işyerlerinin mevcut durumları, faal olup olmadığı, sigortalı çalıştırılıp çalıştırılmadığı, çalıştırılıyorsa kimlerin, hangi sürede ve ücretle çalıştırıldıkları, prime esas kazanç ve prim ödeme gün sayılarıyla diğer bilgileri içeren ilgili belgelerin işyerlerinde asılı olup olmadığı ile bu hususların tutanağa kaydedilmesi, adres, mal varlığı ve sağlık yardımlarına hak kazanma ve kendilerine verilecek benzeri görevlerde inceleme, araştırma, tespit ve yoklama yaptırabileceği hüküm altına alınmıştır. 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun "Kurumun denetleme ve kontrol yetkisi" başlıklı 59. maddesinde ise; bu Kanunun uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetiminin, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları eliyle yürütüleceği, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarının görevleri sırasında belirledikleri Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin, yemin dışında her türlü kanıta dayandırılabilceği, bunlar tarafından düzenlenen tutanakların aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğu, işverenler ve sigortalılar ile işyeri sahiplerinin, tasfiye ve iflâs idaresinin memurlarının, işle ilgili gerçek ve tüzel kişilerin, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarına bilgi verilmek üzere çağrıldıkları zaman gelmek, gerekli olan defter, belge ve delilleri getirip göstermek ve vermek, görevlerini yapmak için her türlü kolaylığı sağlamak ve bu yoldaki isteklerini geciktirmeksizin yerine getirmekle yükümlü oldukları, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları görevlerini yaparken, tüm kamu görevlilerinin gerekli kolaylığı gösterip yardımcı olacakları, bu Kanunun uygulanması bakımından, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarının, 4857 sayılı İş Kanununda belirtilen denetim, teftiş ve kontrol yetkisine de sahip oldukları, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esasların, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş; 107. maddesinde de, bu Kanunda sözü edilen yönetmeliklerin bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içerisinde çıkarılacağı,

Kurumun, bu Kanunun diğer maddelerinin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları yönetmelik ile düzenleme yetkisine sahip olduğu açıklanmıştır.

Amacı, 5510 Sayılı Kanun'un sosyal sigorta hükümleri ile getirilen hak ve yükümlülükleri ve sosyal sigorta işlemlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek olan: anılan Kanuna tabi işyeri, işverenler, sigortalı, hak sahipleri ile diğer ilgili kişi ve kuruluşlar açısından, sosyal sigorta işlemlerinin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları kapsayan ve söz konusu Kanunun 107. maddesi hükmüne dayanılarak hazırlanan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği 28.08.2008 gün ve 26981 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmeliğin "Sigortalıların yersiz tescili" başlığını taşıyan 20. maddesinde; Kanuna göre sigortalılık niteliği taşımadığı hâlde, gerçeğe aykırı olarak bildirim yapıldığı, bu Yönetmeliğin 25. maddesinde belirtilen usul ve esaslara göre saptanan tescil kayıtlarının ikinci fıkrasındaki yöntem izlenerek iptal edileceği, yersiz tescil yapılan sigortalılara ilişkin Kurumca yapılan her türlü gider ve ödemelerin, ilgili mevzuat hükümlerine göre tahsil olunacağı bildirilmiş; "Hizmet kayıtlarının düzeltilmesi" başlıklı 25. maddesinde; hizmet kayıtlarının; Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca veya kamu idarelerinin denetim elemanlarınca düzenlenen raporlarda gerçeğe aykırı hizmet kazandırıldığını veya hatalı ve eksik kayıt bulunduğunun tespit edilmesi sigortalının prime esas kazançları, gün sayıları ve prim tahsilatına ilişkin bilgilerin hatalı veya eksik aktarıldığının saptanması, kesinleşen vargı kararları ile sigortalıya hizmet kazandırılması veya Kürüm kayıtlarında var olan hizmet veya prime esas kazançların yeniden belirlenmesi durumlarında düzeltileceği, iptal edileceği veya yeni kayıt oluşturulacağı öngörülmüştür. "Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları" başlığını taşıyan 122. maddesinde ise, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarının, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nda belirtilen Kurum müfettişleri ile sosyal güvenlik kontrol memurları olduğu belirtilmiştir.

Diğer taraftan; davanın diğer bir yasal dayanağı olan 506 sayılı Kanunun 2. maddesinde genel bir tanım yapılarak, bir hizmet akdine (iş sözleşmesine) dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanların bu Kanuna göre "sigortalı" sayılacağı belirtildikten sonra, 3. maddesinde kimlerin bu Kanun'un uygulanmasında sigortalı sayılmayacakları ve hangi kişiler hakkında da bazı sigorta kollarının uygulanmayacağı açıklanmış, 4. maddesinde ise, bu Kanun'un uygulanmasında 2. maddede belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler "işveren" olarak tarif edilmiştir. Anılan Kanun kapsamında sigortalı sayılmanın koşulları; iş sözleşmesine göre çalışma, sözleşmede öngörülen edimin (hizmetin) işverene ait işyerinde veya işyerinden sayılan yerlerde görülmesi, 3. maddede belirtilen "sigortalı sayılmayan" kişilerden olunmamasıdır. Bununla birlikte iş sözleşmesi, pozitif hukukumuzda Borçlar Kanunu'nun 313 - 354. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşme; işçinin belirli veya belirsiz bir zaman süresince hizmet görmeyi, iş sahibinin de kendisine ücret ödemeyi taahhüt ettiği bir akit olarak tanımlanmış, aksine hüküm bulunmadıkça, sözleşmenin özel şekle tabi

olmadığı belirtilmiş, ücretin, zaman itibarıyla olmayıp yapılan işe göre verilmesi durumunda da işçinin belirli veya belirsiz bir zaman için alınmış veya çalışmış olduğu sürece akdin "parça üzerine hizmet" veya "götürü hizmet" adı altında varlığını koruduğu açıklanmıştır. Belirtilmelidir ki, "ücret" her ne kadar tanımında ve iş sahibinin borçları belirtilirken yer verilmiş ise de, 506 sayılı Kanunun sistematığı ve diğer maddelerinin düzenleniş şekline göre, anılan unsurun sigortalı niteliğini kazanabilmek için zorunlu, olmadığının kabulü gerekir. Baskın olan bilimsel ve yargısal görüşlere göre, iş sözleşmesinin ayırt edici ve belirleyici özelliği, "zaman" ile "bağımlılık" unsurlarıdır. Zaman unsuru, çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurmasını kapsamaktadır ve anılan sürede buyruk ve denetim altında (bağımlılık) edim yerine getirilmektedir. Bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır. İş sözleşmesinde çalışan, emeğini iş sahibinin emrine hazır bulundurmaktadır ve ücret, yapılan faaliyetin karşılığı olarak ödenmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar ve yasal düzenlemeler ışığı altında inceleme konusu dava değerlendirildiğinde; sosyal güvenlik kontrol memurunca yapılan saptama ve düzenlenen rapora dayanılarak davalı Kurumca tesis edilen "sigortalılık tescilinin iptali"ne ilişkin işlemde "yetki" yönünden herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı, bir başka anlatımla, Kanun'un sigortalılık tescilini iptal etme yetkisini haiz olduğu, esasen idare hukuku alanında yetkide koşutluk ilkesi gereğince, herhangi bir işlemi tesis edebilen organın, anılan işlemi iptal konusunda da yetkisinin bulunduğu dolayısıyla, sigortalılık tescilinde yasal düzenleme ile yetkilendirilen Kurumun tescil iptal işlemi yönünden de bu yetkiye sahip olduğu belirgindir. Bu bakımdan; mahkemece davanın esasına girilerek yöntemince inceleme ve araştırma yapılmalı, belirtilen iş sözleşmesinin hukuken geçerli olup olmadığı ortaya konulmalı, söz konusu şenliğe ilişkin hareketli çekim (video) kayıtlarının varlığı tespit edildiği takdirde bu konuda uzman bilirkişiye inceleme yaptırılarak eylemli çalışma olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği tüm açıklığıyla belirlenmeli, davacıların çocuğunun, "bir hizmet akdine dayanarak işveren tarafından çalıştırılan kişi" konumunda yer alıp almadığı ve giderek 506 sayılı Kanun kapsamında zorunlu sigortalı kabul edilip edilmeyeceği, özellikle çalışmanın gerçekleştiği ileri sürülen tarih itibarıyla (6) yaşında olması da dikkate alınarak irdelendikten sonra elde edilecek sonuca göre hüküm kurulmalıdır.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve yanılıklı değerlendirme sonucu, Kurumun sigortalılık: tescil İşlemini tek taraflı olarak iptal etme yetkisinin bulunmadığı yönündeki hatalı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 08.07.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU • İŞÇİNİN ÜCRETİNİN İSPATI

DAVANIN KANITLARI

ÖZET: HUMK 288. maddenin belirlediği sınırları aşan hususlarda ispat yönünden yazılı delil aranmalı ya da beyyine başlangıcı sayılacak belgelere bakılmalıdır.

SGK'nın da davalı olduğu davalarda salt işverenin kabul beyanına dayanılarak hüküm kurulamaz.

Kesinleşen işçilik hakları davası son aylık kazanç yönünden güçlü delil sayılacaktır.

Y.10.HD. E: 2010/10218 K: 2010/11962 T: 21.09.2010

Dava, davalılardan işverene ait işyerinde geçen sigortalı çalışma sürelerinin tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalılardan Kurum 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 tesbit edildi.

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalı Kurum vekilinin, aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekir.,

2. Davacının davalı işyerinde çalışma olgusu belirlenmiş olmakla birlikte; mahkemece ücrete ilişkin kabul gerekçesi yeterince tartışılmamış ve mevcut deliller hüküm kurmaya yeterli bulunmamıştır. Bu tür davalarda işverenin kabulünün dahi tek başına hukuki bir sonuç doğurmayacağı göz önünde tutulmalı ve ücret konusunda; tespiti istenilen sürenin evvelinde ve sonrasında beyyine başlangıç sayılabilecek ödeme belgeleri ve sair bu nitelikte bir belge yoksa Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun m.288 de yazılı sınırları taşan ücret alma iddialarında yazılı delil aranmalıdır. Zira, Hukuk Genel Kurulu'nun 2005/21-409 Esas, 2005/413 Karar sayılı kararlarında da belirtildiği gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesindeki yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarının yazılı delille ispat edilmesi gerekir. Kesinleşen işçilik alacakları davası; son aylık kazançla ilişkin güçlü¹ delil olup, tesbitine karar verilen sürenin tamamında asgari ücretin 2,526 katı

sigorta primine esas kazançla çalıştığının tesbitine karar verilmiş olması, isabetsiz bulunmuştur.

Mahkemece, açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 21.09.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

SÜRÜCÜNÜN ALKOLLÜ OLMASI • SİGORTA TEMİNATI

ÖZET: Sürücünün alkollü olması hasarın sigorta teminatı dışında kalmasını gerektirmez. Hasarın teminat dışında kalması için hasarın sadece ve tek başına (münhasıran) alkolün etkisiyle meydana gelmiş olması gerekir. Burada ispat yükü sigortacıya düşer.

Y.11.HD. E: 2007/5905 K: 2008/7536 T: 09.06.2008

Taraflar arasında görülen davada Mersin Asliye 1.Ticaret Mahkemesi'nce verilen 03.12.2004 tarih ve 2002/528-2004/790 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı nezdinde kasko sigortalı aracı kazada hasarlandığı halde davalının tazminat ödemediğini ileri sürerek, şimdilik 11.000.000.000 TL.nin faiziyle tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, dosya kapsamına ve toplanan kanıtlara, bu davada dinlenen tanık beyanlarına ve ceza dosyasında hazırlık soruşturması sırasında alınan tanık beyanlarına göre, sürücünün alkollü iken, aracın kullandığı ve arkadan çarpmak suretiyle tam kusur ile kazaya neden olduğu, Adli Tıp Kurumunca, alkol düzeyinin ölçüm ile belirlenmediği olayda, görüş bildirmenin mümkün olmadığı bildirilmiş ise de, kazanın alkolün etkisiyle işlendiği, buna göre hasarın teminat dışı kaldığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1.1. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeeyen diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.

1.2. Dava, kasko sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir.

Uyuşmazlık, rizikonun teminat dışı kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır.

Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın A.5.5 maddesi hükmü gereğince, hasarın teminat dışı kalabilmesi için kazanın meydana geliş şekli itibariyle, sürücünün münhasıran, diğer anlatımla sadece ve tek başına alkolün etkisi altında kaza yapmış olması gerekmektedir. Bu itibarla, sürücünün alkollü olması tek başına hasarın teminat dışı kalmasını gerektirmez. Böyle bir nedenle, hasarın teminat dışı kaldığının kanıt yükü de TTK.'nın 1281. maddesi hükmü uyarınca, sigortacıya düşmektedir. Sürücünün aldığı alkolün oranının doğrudan doğruya sonuca etkisi bulunmadığından, mahkemece nöroloji uzmanı ve trafik konularında uzman bir bilirkişinin de yer aldığı kurul tarafından, olayın salt alkol etkisi altında gerçekleşip gerçekleşmediğinin, başka unsurların da olayın meydana gelmesinde rol oynayıp oynamadığının sağlanması ve sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekmektedir.

Somut olayda, mahkemece, sürücünün nefesinin aşırı alkollü olduğunu tespit eden doktor raporundan yola çıkılarak, bilirkişi incelemesine gerek görülmüş olup, olayın meydana geliş şeklini tartışmayan, sadece alkol oranından yola çıkan tek kişilik trafik uzmanı raporu doğru olarak yeterli görülmemiştir. Alınan Adli Tıp raporunda da teknik olarak alkol ölçümü yapılmadığı belirtilerek, yine alkol oranından yola çıkılmıştır. Bunun üzerine mahkemece, davanın re'sen çözümü yoluna girilmiş, tanık beyanları değerlendirilmiş, olayın meydana geliş şekli tartışılarak, yazılı sonuca varılmıştır.

Oysa, mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar ve ilkeler çerçevesinde, bilirkişi kurulu oluşturulup, savunmanın üzerinde yeterince durularak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, çözümü bilirkişi kurulu raporuna bağlı uyuşmazlığın re'sen yapılan inceleme ile halline gidilmesi, eksik incelemeye dayalı olup, doğru olmamıştır.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenle, davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle, diğer temyiz itirazının kabulü ile hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 09.06.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YABANCI BAYRAKLI GEMİDE ÇALIŞAN GEMİ ADAMI • MAHKEMENNİN GÖREVİ

ÖZET: Yabancı bayraklı gemide çalışan gemi adamının işçilik hakları Deniz İş Kanunu dışında olup, davaya Denizcilik İhtisas Mahkemesinde bakılacaktır.

Y.11.HD. E: 2008/5879 K: 2009/10480 T: 12.10.2009

Taraflar arasında görülen davada İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesi'nce verilen 26.02.2008 tarih ve 2007/279-2008/59 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, davalıların donatanı ve işleteni oldukları yabancı bayraklı gemide kaptan olarak görev yapan müvekkiline ödenmeyen çalışma ücreti tutarı 4.277 USD'nin tahsili için başlatılan icra takibine davalılar itirazının haksız olduğunu ileri sürerek, itirazın iptaline ve % 40 inkâr tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılardan E. Denizcilik Nak. Ltd. Şti. vekili, davada iş mahkemelerinin görevli olduğunu savunarak, davanın reddini istemiş, diğer davalı davaya yanıt vermemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, 854 sayılı Deniz İş kanunun 2. maddesi uyarınca kaptanların "gemi adamı" sayılacağı ve aynı yasanın 46. maddesi uyarınca da bu kanun kapsamındaki gemi adamları ile işverenleri arasındaki uyuşmazlıklar hakkında 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun uygulanacağını hüküm altına alındığı gerekçesiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine, talep ve kesinleşme halinde dosyanın İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, yabancı bayrak taşıyan gemide çalışan kaptanın hizmet aktinden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir.

Her ne kadar 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 2/B maddesine göre kaptanlar gemi adamı sayılmış ve 66. maddesinde gemi adamlarıyla bunların işverenleri arasında bu kanundan veya hizmet aktinden doğan davalar hakkında 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüşse de Deniz İş Kanunu'nun 1/1. Maddesinde bu yasanın Türk Bayrağı'nı taşıyan gemi işadamları hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. Bu

durumda mahkemece, yabancı bayrak taşıdığı konusunda ihtilaf bulunmayan gemide çalışan davacı kaptanın hizmet aktinden kaynaklanan davasının, 4857 sayılı İş Kanunu ve 854 sayı Deniz İş Kanunu kapsamında bulunmadığı değerlendirilerek davaya bakılması gerekirken, yazılı şekilde İş Mahkemesinin görevli olduğundan bahisle dava dilekçesinin görev yönünden reddi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 12.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MAL SİGORTASI • HASARIN MAHKEMECE TESPİTİ

ÖZET: Nakliyat sigortasının konusu olan maldaki hasar tespiti yapılırken, taşınan emtia konusunda bilgisi olmayan bilirkişinin ekspertiz raporuna dayanarak hazırladığı rapor esas alınarak hüküm kurulması doğru olmamıştır.

Y.11.HD. E: 2007/9614 K: 2008/12647 T: 11.11.2008

Taraflar arasında görülen davada Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 26.09.2006 tarih ve 2005/283 - 2006/570 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalılar vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten soma işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, davalıların sürücü ve malik olduğu araç ile müvekkiline nakliyat sigorta sözleşmesi ile sigortalı fuel oilin taşınması sırasında aracın tek taraflı kaza yapması sonucu emtianın zayi olduğunu, hasar bedelinin müvekkili tarafından sigortalısına ödendiğini, talep edilmesine rağmen davalılar tarafından hasar bedelinin ödenmediğini ileri sürerek, 5.075 TL'nin temerrüt faizi ile birlikte davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, sürücünün kusurunun bulunmadığını ve istenen tazminatın fahiş olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalılar vekili temyiz etmiştir.

Dava nakliyat sigorta sözleşmesine dayalı rücuen tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, dava konusu taşımaya ilişkin fatura ile gümrük belgeleri dosya içine getirtilmediği gibi taşınan emtia konusunda uzmanlığı bulunmayan bilirkişi tarafından hazırlanan rapor hükme esas alınmış olup, hasar bedeli ekspertiz raporuna atıf yapılarak belirlenmiştir.

Oysa, davalılar taşıma nedeniyle oluşan gerçek zarardan sorumlu olmaları nedeniyle mahkemece, taşınan emtia konusunda uzmanlığı bulunan bir bilirkişinin de içinde olduğu kuruldan davalılar vekilinin bilirkişi raporuna karşı yapmış olduğu itirazlar üzerinde yeterince duran ve denetime elverişli bir rapor alınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, çekişme konusunda uzmanlığı olmayan bilirkişiden alınan raporda belirlenen miktar esas alınarak, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalılar yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 11.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

YABANCI PARA ALACAĞINDA FAİZ HESABI

ÖZET: Yabancı para alacağına işleyecek faiz, ilan tarihinden takip tarihine kadar yabancı para olarak hesaplanmalı ve takip tarihiyle Türk parasına çevrilmelidir.

Y.12.HD. E: 2009/28384 K: 2010/4090 T: 23.02.2010

Borçlar Kanunu'nun 83/son maddesi hükmüne göre, yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı, bu borcu vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir.

Takip dayanağı ilamda 55.000 Amerikan Doları'nın dava tarihi olan 24.12.2002 tarihinden itibaren devlet bankalarının dövizde uyguladığı en yüksek mevduat faizi ile birlikte davalıdan tahsiline" karar verilmiştir. Takip talebinde ise 55.000 Amerikan Doları'nın 24.12.2002 tarihinde geçerli döviz kurundan TL'ye çevrildiği, bu tarihten 14.07.2008 olan takip tarihine kadar miktarı belirtilmeksizin yasal faiz talep edildiği görülmektedir.

Takibe konu ilamda yabancı para alacağının, ilamda belirli dava tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanun'un 4/a maddesi dikkate alınarak faiz hesaplanmasına hükmedildiğinden, ilamla alacaklının Borçlar Kanunu'nun 83/son maddesinde belirtilen tercih hakkı ortadan kaldırılmış ve borcun ödenme şekli hükme bağlanmıştır. Bu nedenle hükmedilen asıl alacağa, ilam dava tarihinden takip tarihine kadar yabana para cinsinden faiz tahakkuk ettirildikten sonra bulunacak alacağın takip tarihi itibarıyla TL'ye çevrilmesi gerekmektedir.

Mahkemece yaptırılan ve gerekçede yer verilen 20.02.2009 tarihli rapor yukarıda belirtilen ilkelere uygun olup, bu rapor esas alınarak icra emrinin düzeltilmesine karar verilmesi gerekirken, bu raporun yorumlanmasında hataya düşülerek şikayetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsiz olup, hükmün bu nedenlerle bozulması gerekirken onandığı anlaşılmakla, borçlu vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 28.09.2009 tarih ve 2009/10853 E., 2009/17033 K. sayılı onama ilamının kaldırılarak mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 23.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İLERİDE DOĞMASI OLASI HAKLARIN HACZİ • SÜRESİZ ŞİKAYET

ÖZET: Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin gerçekleşmesine bağlı olarak ileride doğması olası haklar üzerine haciz konulamaz.

Kamu düzenini ilgilendiren bu konuda süresiz şikayet hükümleri uygulanmalıdır.

Y.12.HD. E: 2010/10087 K: 2010/11314 T: 06.05.2010

Mahalli mahkemece verilen kararın müddeti içinde temyizen tetkiki şikayetçi vekili tarafından istenmesi üzerine, bu işle ilgili dosya mahallinden Daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Haciz uygulanan taşınmaz, tapuda şikayetçiler adına kayıtlıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre borçluya düşeceği belirtilen bağımsız bölümler için haciz uygulanmıştır. Borçlu ile üçüncü kişi arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin icrasına bağlı olarak ileride doğması muhtemel haklar üzerine haciz konulması yasaya aykırıdır. Bir hakkın yerine getirilmesi ve kamu düzeni ile ilgili olan bu konudaki şikayetin İİK'in 16/2. maddesi gereğince süreye tabi olmadığı da gözetilerek şikayetçilere ait taşınmazlar üzerine konulan hacizlerin kaldırılması yerine istemin reddi isabetsizdir.

Sonuç: Şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 06.05.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**TEBLİGAT • VEKİL İLE TAKİP EDİLEN İŞLER
TAKİBE İTİRAZ**

ÖZET: *Dosya borcunun ödenmiş olması anılan konularda yapılan şikayetin esasının incelenmesine engel teşkil etmez.*

Y.12.HD. E: 2010/883 K: 2010/12602 T: 25.05.2010

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya

* Gönderen: Av. Bayram ARSLAN

mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

HUMK'un 62. ve 68., Avukatlık Kanunu'nun 41. ye 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 11.maddesi gereğince vekil ile takip edilen islerde tebligatın vekile yapılması zorunludur. Ne var ki; vekilin icra mahkemesine başvurusunda esasa ilişkin itirazlarını da bildirmiş olması halinde icra emrinin iptaline karar verilmeyip İtiraz ve şikayetin esasını incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir. Somut olayda da borçlu vekili icra mahkemesine başvurusunda takibin esasına yönelik şikayetlerini de bildirdiğinden, icra emrinin iptali talebine yönelik temyiz itirazları yerinde değil ise de:

Borçlu vekili icra mahkemesine başvurusunda işlemiş nafaka miktarının, işlemiş faizin ve faiz oranının fazla olduğunu, ayrıca fazla tahsilat yapıldığını ileri sürmüştür. Mahkemece yaptırılan bilirkişi raporunda da işlemiş faizin fazla talep edildiği belirlenmiştir. Dosya borcunun ödenmiş olması anılan konularda yapılan şikayetin esasının incelenmesine engel teşkil etmez. O halde mahkemece borçlu vekilinin itiraz nedenlerinin değerlendirilerek, Borçlunun icra"takip dosyasında fazla ödemesi bulunup bulunmadığı belirlendikten sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir,

Öte yandan, borçlu yargılamada kendisim vekil ile temsil ettirdiğine ve şikayet kısmen kabul edildiğine göre. Mahkemece borçlu yararına Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin ikinci kısım, ikinci bölümünün 3. maddesine göre maktu ücreti vekalet kararlaştırılması gerekirken, bu hususta olumlu olumsuz bir karar verilmemesi doğru değildir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 25/05/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

MALDAKİ AYIPLAR • SATICININ SORUMLULUĞU

ÖZET: Satıcı sattığı maldaki ayıpların varlığını bilmese dahi onların varlığından alıcıya karşı sorumludur.

Afet bölgesindeki taşınmazı hukuki ayıpla satmış olan belediye alıcıya karşı ayıptan dolayı sorumludur.

Y.13.HD. E: 2009/7538 K: 2010/2990 T: 10.03.2010

Davacı, T... Y... sınırları içerisinde ve Y.S.E civarı mevkiinde bulunan 4 parsel sayılı arsa niteliğindeki taşınmazı 1993 yılında davalı Belediye Başkanlığından satın aldığını, bu taşınmaz üzerinde inşaat yapabilmek için Belediye Başkanlığına yaptığı başvuruya verilen cevapta, taşınmazın heyelan bölgesi "Afete Maruz Bölge" sınırları içerisinde kalmış olması nedeniyle inşaat izni verilmediğini, bu haliyle taşınmazdan yararlanmadığını, zarara uğradığını öne sürerek, 25.000 TL'nin dava tarihinden itibaren fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalı belediyeden 12.03.1971 tarihli encümen kararı ile ve tapuda 08.09.1993 tarihinde 260 metrekaare arsa satın aldığını, daha sonra bu arsa üzerinde inşaat yapmak üzere davalı belediyeye başvurduğunda taşınmazın heyelan bölgesi "Afete Maruz Bölge" sınırları içerisinde kalmış olması nedeniyle inşaat izni verilmediğini, söz konusu hukuki ayıp nedeniyle zarara uğradığını bildirerek 25.000 TL'nin tahsilini istemiştir. Davalı belediye, taşınmazın satışında davacının aldatılmasının söz konusu olmadığını savunmuştur. Mahkemece, dava konusu mahallin 1966 tarihinden beri afete maruz bölge olduğunun yörede bilindiği ve belediyenin davacıya inşaat izni verileceğine dair herhangi bir taahhüdü bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Borçlar Kanunu'nun 194. maddesi uyarınca satıcı, alıcıya karşı satılan şeyin zikir ve vaadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi, zikir ve vaadetmemiş olsa bile maddi veya hukuki bir sebeple değerini veya maksut olan menfaati izale veya ehemmiyetli surette tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir. Satıcı ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur. Maksut menfaat deyiminden amaç, satılanın ilişkin bulunduğu husus için kullanabilme kabiliyetidir. Çünkü arsa niteliğinde taşınmaz satın alan kimsenin amacı, bu yere bina yapmaktır. Mevcut yasal düzenlemelere göre söz konusu yere bina yapılmasının yasaklanması hali,

arsa için hukuki olarak ayıp sayılmaktadır. Somut olayda, davacı tarafından satın alınan taşınmazın bulunduğu yerin afete maruz bölge olduğu tartışma konusu değildir. Davalı belediyenin ise, taşınmazı hukuki ayıplı olarak sattığı anlaşılmaktadır. Mahkemenin gerekçesinde, 1966 tarihinden beri afete maruz bölge olunduğunun yörede bilindiği belirtilmekte ise de, daha önceden taşınmaz satın alınmış ve o yörede oturduğu da kesin olarak kanıtlanmamış birisinin mevcut imar düzenlemesi durumunu bilmesinin kendisinden beklenmesi, taşınmazı satan davalının mevcut imar durumu ve yapılacak binalar için inşaat izni veren yetkili idare olması karşısında, iyiniyet kurallarına aykırı ve açıkça hileli bir hareket sayılır. Ayrıca sattığı arsanın satın alan tarafından mutlaka bina yapılması veya benzeri bir şekilde tasarrufta bulunacağının da öngörülmesinin gerekmesi karşısında, ayrıca bir taahhütte bulunmasının gerekmediği ve davalının açıkça hukuki ayıplı satış yaptığı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu durumda mahkemece, Borçlar Kanunu'nun 194 ve 202. maddeleri çerçevesinde, gerekli incelemenin yapılarak, özellikle satış tarihinde davacı tarafından satın alınan arsaya inşaat yapılmasının, mevcut imar planına göre mümkün olup olmadığının, gerekirse imar planının incelenmesi suretiyle yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle, hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle yazılı olduğu şekilde davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davacı yararına **(BOZULMASINA)**, 10.03.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ**OTOBÜS KİRALAMASI • HUKUKİ İLİŞKİ • HASILAT KİRASİ**

ÖZET: Taraflar arasında imzalanan “Özel Halk Otobüsü Kira Sözleşmesi” başlıklı sözleşme hukuki niteliği bakımından “Hasılat Kirası” sözleşmesidir.

Bu nedenle taraflar arasında işçi-işveren ilişkisinin bulunduğu düşünülmesi usul ve yasaya uygun düşmemiştir.

Y.14.HD. E: 2008/15050 K: 2009/419 T: 21.01.2009

Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine 01.11.2007 gününde verilen dilekçe ile alacak istenmesi üzerine yapılan duruşma sonunda; mahkemenin görevsizliğine dair verilen 17.04.2008 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

K A R A R

Dava, 21.06.2004 başlangıç tarihli 2 yıl süreli kira sözleşmesinden kaynaklanan alacak kalemlerinin tahsiline ilişkindir.

Davalı, davada dayanan kira sözleşmesinin kendisinin iş akdinden kaynaklanan haklarını tahsil amacıyla açtığı davaya baskı olmak üzere daha önce işten çıkartılma korkusu ile verilen açığa imzalı senet metninin somadan doldurulması suretiyle düzenlendiğini, davacı ile kiralayan-kiracı ilişkisi bulunmadığını, açılan davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, savunma doğrultusunda taraflar arasındaki ilişkinin işçi-işveren ilişkisi olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmiştir

Hükmü, davacı temyiz etmiştir.

Dosyada yer alan davalının imzasını inkar etmediği 21.06.2004 başlangıç tarihli ve 2 yıl süreli “özel halk otobüsü kira sözleşmesi” başlıklı sözleşme hukuki niteliği itibarıyla düzenlemesi Borçlar Kanunu’nun 270 vd maddelerinde yapılan hasılat kirasına ilişkindir. Gerçekten, yasadaki tanımına göre “hasılat kirası, bir akittir ki onunla kiralayan kiracıya ücret mukabilinde hasılat veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve semerelerinin iktifatını terk etmeyi iltizam eder.

Somut uyuşmazlıkta, davalı 21.06.2004 başlangıç tarihli sözleşmedeki imzanın kendisine ait olmakla birlikte sözleşme metninin sonradan doldurulduğunu savunduğundan, bu savunma ancak HUMK’un 222 vd

maddelerince açığa senet verilmesine dair kurallar doğrultusunda değerlendirilebilir. Kuşkusuz, savunmanın doğruluğunun saptanması halinde verilecek hüküm davanın reddine dair olacaktır. Mahkemece, yapılan bu saptamalar ile davada dayanılan hasılat kira ilişkisine dair 21.06.2004 günlü maddi delil olan sözleşme bir yana bırakılarak salt ve taraflar arasında işçi-işveren ilişkisi varmış gibi dava dilekçesi yönünden reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun düşmemiştir.

Karar, açıklanan nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harem istek halinde yatırıma iadesine, 21.01.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

YÜKLENİCİNİN ÖLÜMÜ • İŞ SAHİBİNİN SORUMLULUĞU • KUSUR VE ZARAR TESPİTİ

ÖZET: Davacılar müşterek murisi davalıya ait binada yüklenici olarak onarım yaparken düşüp vefat etmesinde davalının kusurunun olup olmadığı hukuk mahkemesince yaptırılacak olan bilirkişi incelemesiyle belirlenecektir.

Bu olayda, Ceza Mahkemesinde gerçekleştirilen kusur oranı ve zarar miktarı hukuk hakimini bağlamayacaktır.

Y.15.HD. E: 2008/3258 K: 2008/3777 T: 09.06.2008

Taraflar arasındaki uyuşmazlık BK'nın 355. ve devamı maddelerinde yer alan eser sözleşmesine dayalıdır. Davacıların murisi yüklenici, davalı iş sahibidir. Kural olarak anılan Yasanın 356. maddesi uyarınca müteahhidin mesuliyeti işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair hükümlere tabidir, işinin uzmanı sayılan yüklenici 321. madde uyarınca işin ifası sırasında gereken özeni göstermek ve tedbirleri almakla yükümlüdür. Somut olayda, davacıların murisi davalı ile yaptığı sözleşme uyarınca beş katlı binanın teras katı çinko kaplama işinin yapımı sırasında çatıdan düşerek vefat etmiştir. Ceza mahkemesinde açılan dosayada, davalının eylemi ile sonuç arasında uygun illiyet bağı bulunmadığından beraatine karar verilmiş ise de BK'nın 53. maddesi uyarınca hukuk hakimi, ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı olmadığı gibi ceza mahkemesi karan kusurun takdiri ve zararın miktarının tayini hususunda hukuk hakimini bağlamaz. O halde tüm bu kurallar çerçevesinde taraflar arasındaki eser sözleşmesinin varlığı gözetilerek, olayın meydana gelmesinde taraflara atfedilecek kusur dereceleri, yüklenicinin gerekli tedbirleri aksalda yükümlü olduğu ancak iş sahibinin as kasıt veya kusuru ile olayın meydana gelmesindeki sorumluluğunun belirlenmesi için bilirkişi incelemesi yaptırılarak davalı iş sahibinin olaydaki varsa kusuru saptanmalı ve vicdani kanaate uygun miktarda davacıların maddiye manevi tazminat istemleri hakkında hükme varılmalıdır. Bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ile ve ceza mahkemesinin beraat kararına bağlı kalınarak davanın reddi usul ve yasaya aykırı olmuş, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacılar yararına **BOZULMASINA**, ödedikleri temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacılar geri verilmesine, 09.06.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

DAVANIN İHBARI • İHBAR OLUNANIN HAK VE YETKİLERİ • DAVADA TARAF SIFATI

ÖZET: İhbar olunan kişi davada davalı sıfatını kazanmayacağı gibi bu kişi aleyhine hüküm de kurulamaz.

Dava dilekçesinde davalı olarak gösterilmeyen taraf, dava açıldıktan sonra ek bir dilekçeyle davaya dahil edilemeyeceği gibi “mecburi dava arkadaşlığı” dışında ıslah yoluyla taraf da değiştirilemez.

Davada taraf olmayan ihbar olunanın hükmü temyiz etmek hakkının varlığından söz edilemez.

Y.17.HD. E: 2010/5089 K: 2010/7916 T: 07.10.2010

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapıları yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne dair verilen", hükmün süresi içinde davalı vekili ve ihbar olunan A. İnş. Taah. San. Tic. Ltd.Şti vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

- K A R A R -

Davacı vekili, müvekkili şirkete kasko sigortalı araçta meydana gelen 5.1.83 TL hasar bedelinin sigortalıya ödendiğini, olayda davalı idarenin aslı kusurlu olduğunu belirterek bu meblağın ödeme tarihinden işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Bedaş vekili olayda müvekkilinin kusurunun bulunmadığını, tazminat miktarının fahiş olduğunu, müvekkilinin hizmet binasının depreme karşı güçlendirilmesi ve onarımı işini ihale ile A. İnş. İth. Ihr. Taah. San. Tic. Ltd. Şti'ne verdiğini bu nedenle davanın bu şirkete ihbar edilmesini ye reddini savunmuştur.

Dava ihbar olunan A. İnş. San. Tic. Ltd. Şti. vekili kazanın müvekkilinin hatalı malzeme kullanmalından veya işi tekniğine uygun olarak yapmamasından kaynaklandığı, hususunda bir tesbit olmadığını, zarar ile müvekkili arasında illiyet bağının bulunmadığını, ödeme tarihinden faiz istenemeyeceğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davanın kabulü ile 5.183 TL tazminatın Ödeme tarihinden işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı..

Bedaş vekili ve ihbar olunan A. İnş. Ltd. Şti. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dava, TTK'nın 1301. maddesinden kaynaklanan rücuat tazminat istemine ilişkindir.

Davalı BEDAŞ vekilinin talebi üzerine dava, davalı şirketin hizmet binasının depreme karşı güçlendirilmesi ve onarım işini ihale ile yapan A. İnş. Taah.San, Tic. Ltd. Şti.ne ihbar edilmiş, bu ;şirket karar başlığında ihbar olunan olarak gösterilmiş, hüküm davalı BEDAŞ hakkında kurulmuştur.

İhbar olunan kimse HUMK'un 49. Maddesi vd. uyarınca davada davalı sıfatını kazanamayacağı gibi bu kişi aleyhine hüküm de kurulamaz. Yargılama sonunda hüküm sadece davada taraf olanlara yönelik olarak verilebilir. Bu kural uyarınca dava dilekçesinde davalı olarak gösterilmeyen taraf, dava açıldıktan sonra ek bir dilekçe ile davaya dahil edilemeyeceği gibi "mecburi dava arkadaşlığı" dışında ıslah yolu ile dahi taraf değiştirilemez. Ancak, aynı madde hükmüne aykırı olarak ihbar olunan hakkında da hüküm verilmişse ihbar olunan hükmün kendisine ilişkin bölümünü kendi adına temyiz edebilir." Buna göre aleyhinde davacı tarafından usulen açılmış ve harç verilmiş bir dava olmaması nedeniyle ihbar olunan A. İnş. Taah. San. Tic. Ltd. Şti. davada taraf olmadığı gibi, mahkemece yargılama sonunda ihbar olunan aleyhinde hüküm kurulmadığından hükmü temyiz etmekte hukuki yararı bulunmamaktadır. Bu nedenle dava ihbar olunan A. İnş. Taah. San. Tic. Ltd. Şti. vekilinin temyiz dilekçesinin (isteminin) reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Davalı BEDAŞ vekilinin temyiz itirazına gelince; Mahkemece toplanıp değerlendirilen delillere, Özellikle oluşa ve dosya içeriğine uygun olarak düzenlenen uzman bilirkişi raporunda belirtilen kusur oranının ve tazminata ilişkin hesaplamanın hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına göre davalı BEDAŞ vekilinin verinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA** ve aşağıda dökümü yazılı 307,90 TL peşin harcın onama harcına mahsubuna 7.10.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TASARRUFUN İPTALİ DAVASI • FAHİŞ FARK KAVRAMI • İSPAT YÜKÜ

ÖZET: Taşınmazın tapuda gösterilen satış değeriyle keşfen belirlenen gerçek değeri arasında bir misli ve daha fazla farkın bulunduğu hallerde fahiş fark olgusunun gerçekleşeceği yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Tasarrufun iptali davasında kötü niyeti ispatlama yükümlülüğü davacıya aittir.

Y.17.HD. E: 2008/6098 K: 2009/1522 T: 19.03.2009

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalılardan Serkan tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

- K A R A R -

Davacı vekili davalılardan Fethi Gönülcü'nün müvekkili bankaya olan borcu nedeniyle hakkında yapılan icra takibi sırasında borcuna yetecek haczi kabil malının bulunmadığını, ancak alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla kendisine ait taşınmazı düşük bir bedelle diğer davalı Serkan'a sattığını öne sürerek yapılan tasarrufun iptalini talep etmiştir.

Davalılardan Serkan taşınmazı ilan üzerine görüp satın aldığını, bedeli olan 70.000.00 TL.'yi ödediğini savunarak davanın reddini istemiş, diğer davalı cevap vermemiştir.

Mahkemece taşınmazın tapuda gösterilen satış gerçek değeri arasında büyük fark bulunduğunu, kişinin iyi niyetli olduğunun kanıtlanamaması davanın kabulüne ve davalılar arasındaki alacaklının icra takip dosyasındaki alacağının teminen iptaline karar verilmiş, hüküm davalılardan Serkan tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, İİK'in 277 ve devamı maddelerine göre açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkindir. Mahkemece davalılar arasındaki devir işleminin alacaklılardan mal kaçırma kastı ile yapıldığı ve tapuda belirtilen değer gerçek değer altında kaldığı ve davalı 3. kişinin iyi niyetli olduğuna ilişkin delil ibraz etmediği gerekçesiyle davanın kabulüne ve tasarrufun iptaline karar verilmiş ise de, mahkemenin bu kabulü dosya içeriğine ve toplanan delillere uygun düşmemektedir.

İptal davasının kabulü için İİK'in 278 ve devamı maddelerindeki şartların gerçekleşmiş olması lazımdır. Davaya konu olan 1155 ada 32 nolu parsel üzerindeki 4 nolu bağımsız bölümün tapuda belirtilen değeri 36 milyar TL olup yapılan keşif sonucu belirlenen değeri ise 65.000.00 TL, davalı 3. kişinin ödediğini öne sürdüğü bedel ise 70.000.00 TL'dir.

Devamlılık arz eden yargısal uygulamalarla taşınmazın tapuda gösterilen satış değeri ile keşfen belirlenen gerçek değeri arasında bir misli ve daha fazla farkın bulunduğu hallerde fahiş farkın bulunduğu kabul edilmiştir.

Bu durumda taşınmazın değeri ister 65.000.00, isterse 70.000.00 TL. olarak kabul edilsin bedeller arasında fahiş fark bulunmamaktadır. İİK'in 280. maddesine göre kötü niyeti kanıtlama yükümlülüğü davacı tarafta bulunmakta olup, davalılar arasında akrabalık bağı iş ortaklığı, arkadaşlık gibi kötü niyeti gösterir bir durumda kanıtlanamamıştır.

Bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru değildir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalılardan Serkan'ın temyiz itirazları yerindedir, kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalılardan Serkan Karakütük'e geri verilmesine 19.3.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÖLÜMLÜ ARAÇ KAZASI • DESTEKTEN YOKSUN KALMA

ÖZET: Manevi tazminatın takdirinde BK'nın 47. maddesi gereği özel haller dikkate alınarak hak ve nesafeye göre bir karar verilmelidir.

Y.17.HD. E: 2009/6471 K: 2010/1107 T: 15.02.2010

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen, hükmün süresi içinde davacılar vekili ve davalı Mehmet ile Osman vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

- K A R A R -

Davacılar vekili, davalıların işleten, sürücü ve zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olduğu araç sürücüsünün kusurlu hareketi ile meydana gelen kazada desteklerinin öldüğünü, aracında hasar meydana geldiğini, araçta yolcu olan davacı Bayram'ın ise yaralandığını açıklayıp, fazlaya dair haklarını saklı tutarak, davacı baba Muhsin için 1.702,09 TL destek, anne Fatma için 1.248,69 TL destek, 1.718,75 TL cenaze gideri, 1.000 TL araç hasar bedeli, baba için 25.000 TL manevi, anne için 25.000 TL manevi, davacı Bayram için 468,75 TL tedavi ve yol gideri, 139,84 TL iş göremezlik, ve 10.000 TL manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalılardan müşterek ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı sigorta şirketi vekili sorumluluklarının kusur oranında poliçe limiti ile sınırlı olduğunu, manevi tazminattan sorumlu olmadıklarını, temerrüde düşürülmediklerini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Diğer davalılar vekili davanın zamanaşımına uğradığını, talebin fahiş olduğunu, kusur oranını kabul etmediklerini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre; davanın kısmen kabulü ile, davacı anne Fatma ve baba Muhsin için ayrı ayrı 20.000'er TL ve davacı Bayram için 5.000 TL manevi tazminatın 19.03.2003 olan kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve

* Gönderen: Av. Bayram ARSLAN

müteselsilen tahsili ile davacılara verilmesine (sigorta hariç), davacı Bayram için 468,75 TL tedavi ve yol gideri, 139,84 TL geçici iş görmezlik tazminatı olmak üzere toplam 608,59 TL maddi, davacı baba Muhsin için 1.702,09 TL destekten yoksun kalma, anne Fatma için 1.248,69 TL destekten yoksun kalma tazminatının, anne ve baba için 1.718,75 TL cenaze masrafının kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacılara verilmesine, (sigorta ümitle ve dava tarihinden sorumlu olmak üzere), 1.000 TL araç hasarının kaza tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacı anne ve babaya verilmesine (sigorta hariç) karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili ve davalı Mehmet ile Osman vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece toplanıp değerlendirilen delillere, özellikle, oluşan ve dosya içeriğine uygun olarak düzenlenen uzman bilirkişi raporunda belirtilen kusur oranının ve tazminata ilişkin hesaplamanın hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına ve manevi tazminatın takdirinde BK'nın 47. maddesindeki özel haller dikkate alınarak hak ve nesafet kuralları çerçevesinde hüküm kurulmuş olmasına göre, davacılar vekili ve davalı Mehmet ile Osman vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA** ve aşağıda dökümü yazılı 1,55 TL kalan onama harcının temyiz eden davacılarından alınmasına, aşağıda dökümü yazılı 2.352,50 TL kalan onama harcının temyiz eden davalılar Mehmet ve Osman'da alınmasına 15.2.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ**KAT MALİKİNİN ONAYI İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER • DÜRÜSTLÜK KURALI**

ÖZET: Kat mülkiyetine tabi herhangi bir bağımsız bölümde muvafakat alınmak suretiyle yapılan değişikliklere muvafakat veren kişilerin daha sonra projeye aykırılık iddiasıyla dava açmalarının dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağı yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Y.18.HD. E: 2010/1416 K: 2010/9003 T: 15.06.2010

Dava dilekçesinde, onaylı mimari projeye aykırılığın giderilmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Y A R G I T A Y K A R A R I

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı vekili dava dilekçesinde; davalıların binaya ait çatı katının yan duvarlarının ve çatı eğiminin projeye aykırı olarak genişlettiklerini, pencerelerin duvar pencere olarak genişletildiğini, binaya ait çatıya tecavüz edilerek 2 ayrı oda eklendiğini, binaya ait ortak çatıya havuz balkon yapıldığını davalılara ait 5 nolu bağımsız bölümün dubleks tek odalı çatı arası katı olması gerekirken 5 nolu bağımsız bölümle bağlantısının kesilip projeye aykırı kapı açılıp kapı yapıldığını ileri sürerek, el atmanın önlenmesini ve eski hale getirilmesini istemişlerdir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içerisinde bulunan ve davacı Tayfun ve dava dışı Gülcan, Seza tarafından imzalanmış dava konusu taşınmazın önceki maliki Suna verilen 15.10.2001 günlü Bodrum 1. Noterince tasdik edilen muvafakatnamede 5 numaralı dubleks dairenin çatı katında (dubleks katı) yapılacak her türlü tadilat, onarım ve değişikliğe geriye dönüşsüz olarak izin verdiklerini bildirdikleri görülmüştür.

Yargıtay uygulamalarında kat mülkiyetine tabi herhangi bir bağımsız bölümde somut olayda olduğu gibi muvafakat alınmak suretiyle yapılan değişikliklere, muvafakai veren kişilerin daha sonra projeye aykırılık iddiasıyla dava açmaları Türk Medeni Yasası'nın 2. maddesine aykırı ve dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayan bir durum olarak kabul edilmektedir. Mahkemece yukarıda açıklanan hususlar dikkate alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 15.06.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

SENET METNİNDE TAHRİFAT • ÇIPLAK GÖZLE TESPİT OLANAĞI

ÖZET: Senet metninde tahrifat yapıldığı çıplak gözle anlaşıldığından sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

Y.19.HD. E: 2010/3354 K: 2010/11524 T: 18.10.2010

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

- K A R A R -

Davacı vekili, müvekkilinin, davalının kiracısı olan dava dışı M.A'nın yaklaşık 8.000.-TL. tutarındaki elektrik borcunu üstlenerek, teminat olmak üzere takibe konu senede 10.000.-TL. yazıp davalıya verdiğini, ancak davalı tarafından 10.000.-TL. olan miktarın "1" rakamı "2" olarak değiştirilmek suretiyle 20.000.-TL.'ye çıkartılıp alacak miktarının yazıldığı bölüme de yazı ile "yirmi bin TL" yazılarak takibe konulduğunu, müvekkili tarafından elektrik borcunun yaklaşık 10.000.-TL.'lik bölümünün ödendiğini, müvekkilinin senet nedeniyle borcunun kalmadığını bildirerek davalıya 22.544.73.-TL. tutarında borçlu olmadığının tespitine, % 40 tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, bonoda tahrifat bulunmadığını ve teminat senedi olmadığını, bononun düzenlenmesinden ve noterlik protestosundan sonra itiraz ve şikayette bulunulmadığını bildirerek davanın reddi ile % 40 tazminatın davacıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Fizik İhtisas Dairesi raporunda senetteki 1 ve 2 rakamlarının hangisinin önce yer aldığı, evvelce yer alan rakamın 1 mi 2 mi olduğu kesin olarak saptanamadığı bildirilmiş olup, senette tahrifat yapıldığı ispatlanamadığından senette yazı ve rakamla yazılan iki bedel arasında fark bulunduğu takdirde yazı ile yazılan miktara itibar edilmesi gerektiğinden senette de yazı ile "yirmi bin TL." yazıldığından icra takibinin de bu miktar üzerinden yapıldığından davanın reddi gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Senedin rakamla yazılı bedel kısmında tahrifat olduğu gözle anlaşıldığı gibi, davalı vekilinin 18.09.2008 tarihli celsedeki beyanında da bu husustan bahsedildiği gözetilmeden, mahkemece tahrifat iddiasının ispatlanamadığı gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir. Bu bakımdan, mahkemece senette tahrifat yapıldığı kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Sonuç: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin öteki temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin harem istek halinde iadesine, 18.10.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ŞİRKETİN TEMSİLİ • TEMSİL YETKİSİ • MAHKEMECE YAPILACAK İŞ

ÖZET: Senedin tanzim tarihinde imzalayan kişinin şirket yetkilisi olup olmadığı araştırılmalıdır.

Senedi imzalayanın şirketi temsil yetkisi bulunuyorsa şirket sorumlu olacaktır. Temsil yetkisi bulunmuyorsa senedi imzalayan şahsen sorumlu olacaktır.

Y.19.HD. E: 2009/6672 K: 2010/5043 T: 26.04.2010

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı vekili, davalının müvekkili aleyhine senede dayalı takip başlattığını, takibe konu senette müvekkilinin keşideci ya da kefil sıfatı bulunmadığını, keşideci A...- T . Ltd. Şti.'nin borcu nedeni ile bir imza bulunduğunu, müvekkilinin şahsen keşideci ya da kefil sıfatı ile imzasının bulunmadığını belirterek senet nedeniyle davalıya borçlu olmadığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının aynı zamanda şirket yetkilisi olduğunu bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece toplanan delillere göre, dava konusu senedin keşidecisinin A...- T...Ltd.Şti., kefilinin ise davacı olduğu, senedin ön yüzünde borçlu şirket kaşesi üzerinde tek bir imzanın bulunduğu, bu imzanın aynı zamanda şirket yetkilisi olan kefile ait olduğu, her iki sıfatı da kapsayan tek imzanın davacının borçtan sorumlu olması için yeterli bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, takibe konu senet nedeniyle borçlu olmadığının tespiti istemine ilişkindir. Ticaret Sicil Memurluğu'nun 24.12.2008 tarihli yazısına göre, davacının 12.06.1997 tarihinden itibaren davaya konu senette keşideci olarak gözüken A...- T...Ltd. Şti.'ni temsile yetkili kılındığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece senedin tanzim tarihi itibarıyla keşideci şirket yetkilisinin yetkisinin devam edip etmediği araştırılarak, devam etmiyorsa TTK'nın 590.maddesi uyarınca davacının şahsen sorumlu olacağı, yetkisi devam ediyorsa senet üzerindeki tek imzanın keşideci şirketi sorumlu kılacağı bir başka anlatımla davacının sorumluluğunun bulunmayacağı gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 26.04.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

TEMYİZ HARCININ YATIRILMASI • KUSUR ORANI

ÖZET: Davacı, iş kazası sonucu ölen murisinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir. Adli yardımdan yararlanan davacılar yapılacak tüm yargılama harç ve giderlerinden geçici olarak muaf olduklarından, temyiz harcını yatırmadıklarından bahisle temyiz dilekçesinin reddine karar verilemez.

İnsan yaşamının kutsallığı çerçevesinde işveren işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları eksiksiz bulundurmaktır.

Y.21.HD. E: 2009/5236 K: 2010/5504 T: 10.05.2010

Davacılar, murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteğin reddine karar vermiştir. Yerel mahkeme 16.01.2009 tarihli ek kararıyla harç giderinin yatırılmaması nedeniyle davacı vekilinin temyiz dilekçesinin reddine karar vermiş, red kararının davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan sonra Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

K A R A R

4- Temyiz edilen karar davacılar vekili tarafından temyiz edilen esasa ilişkin karara yönelik temyiz dilekçesinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun değişik 434. maddesi gereğince temyiz defterine kaydı yapıldığı halde, mahkemece adli yardımdan yararlandıkları ve davada haksız çıktıklarından yatırmaları gereken temyiz harç giderini yatırmaları gerektiği halde yatırmadıklarından temyiz isteminin yerel mahkemece reddine ilişkindir.

İşin esasa ilişkin yerel mahkeme kararına karşı yapılan temyizde, hükmü temyiz eden davacı vekilinin temyiz dilekçesinin süresinde temyiz defterine

kaydının yapıldığı peşin temyiz harcını davacıların adli yardımdan yararlanmaları gerekçesi ile yatırmadığı anlaşılmaktadır. HUMK 465 ve devam maddelerinde düzenlenen adli yardımdan yararlanın davada haksız çıkması durumunda adli yardım nedeniyle kendisinden alınmayan harç ve giderlerden mahkum olacağı söz konusu ise de kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmadığı sürece davacının haksız çıktığından da söz edilemeyeceğinden adli yardımdan yararlanan davacılar yapılacak bütün yargılama harç ve giderlerinden geçici olarak muaf olduklarından temyiz harcını yatırmadıkları gerekçesiyle temyiz dilekçesinin reddine karar verilemez. Öte yandan somut olayda esas ilişkin ilk temyiz dilekçesinin temyiz defterine süresinde kaydı yapıldığının anlaşılmasına göre 5/1 sayılı İBK gözönünde tutularak davacılar temyiz harcını yatırmaları için HUMK'un 434/3. maddesi uyarınca önel verilmesi, süresi içinde harç yatırıldığı takdirde dosyanın temyiz incelemesi yapılmak üzere temyiz merciine gönderilmesi verilen önel içerisinde harcın yatırılmaması halinde temyiz dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken Mahkemece HUMK'un 434/3.maddesi gereğince işlem yapılmadan yazılı şekilde karar verilmiş olması da kabul şekli bakımından da hatalı olmuştur.

O halde davacılar vekilinin temyiz istemi kabul edilmeli mahkemenin 16.1.2009 tarihli kararı bozulup kaldırılmalı ve davacıların 16.12.2008 tarihli hükme yönelik temyiz itirazları incelenmelidir.

5- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davacıların makinist olan davalılar Şuayip ve Remzi'ye ilişkin olarak verilen hükme yönelik tüm temyiz itirazlarının reddine,

6- Dava nitelikçe iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerinin maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Mahkemece tüm kusuru ölen işçiye veren 15.2.2008 ve 29.5.2008 tarihli bilirkişi raporları dikkate alınarak davanın reddine karar vermiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden, davalı tarafından olay yerinde tren trafiğine kapalı olan güney şeritteki rayların üzerine gelen ağaç dallarının kesilmesi ile görevlendirilen muris ile diğer işçi Ömer'in 13.6.2006 tarihinde bu işin bitimi ile birlikte görevleri dışında kalan trafiğe açık kuzey şeridinde raylara gelen dalları da kesmek isterlerken Ömer'in ağaca çıkıp dalları kestigi, mürşin altta kesilen dalları alıp yoldan attığı ve tren yolunu gözetlediği sırada geçen trenin çarpması sonucu öldüğü anlaşılmaktadır

İnsan yaşamının kutsallığı çevresinde işverenin, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksanziz bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanunu'nun 77. maddesinin açık buyruğudur.

Olay nedeniyle yapılan keşfe katılan bilirkişi, 19.7.2007 tarihli raporunda, ölen işçinin çalışmaması gereken kuzey hattına geçmesi ve treni görebileceği bir yerde durmaması nedeniyle %70, davalı TCDD'nin ise işin tehlikesi konusunda işçileri uyarmaması, gözcüler için talimatname hazırlayıp tavizsiz uygulanmasını sağlanmaması, ayrıca kesilen ve raylara düşen dalların

toplanması ve testerenin taşınması işlerinin gözcülük yapan birine bırakılarak dikkatinin azalmasına neden olunması, trenin çalışma bölgesinden geçerken daha yavaş ve uyarı vererek geçmesinin sağlanmaması nedeniyle %30 kusurlu olduğu bildirilmiştir Hükme dayanak alınan İstanbul Üniversitesi Ulaştırma Anabilim Dalı ve Makine Mühendisliği Fakültesi öğretim görevlilerinin düzenlediği 15.2.2008 tarihli ve İstanbul Teknik Üniversitesi İnşaat Ulaştırma Anabilim Dalı öğretim görevlilerinin düzenlediği 29.05.2008 günlü bilirkişi raporlarında ölenin trenin trafiğine açık olan ve görev alanlarına girmeyen kuzey hattına çalışmak üzere geçmesi, ölenin ekip başı ve gözcü olduğu alınması gereken tedbirlerin kendisi tarafından alınması gerekeceğinden ölen işçinin %100 kusurlu olduğu belirtilmiştir.

Hükme esas alınan teknik raporları düzenleyen bilirkişilerin iş güvenliği uzmanı olduklarına dair dosyada bir bilgi ve belge bulunmadığı gibi bilirkişiler İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları göz önünde tutarak ve özellikle, , düzenledikleri raporlarda işverence işçilerin işin tehlikesi konusunda bilgilendirilip yeterli eğitim verilip verilmediği ve iş mahallinin denetlediğine dair tedbirlerin alınıp alınmadığı, işyerinde alınması gereken güvenlik tedbirlerinin tümüyle işçilerin inisiyatifine bırakılıp bırakılmadığı ve işyerinin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin, işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelemek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiç bir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde, saptamadıkları anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, kusur raporunun, İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları içerdiği giderek hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez.

Yapılacak iş; dosyadaki bilgi ve belgelerden davalı TCDD'nin işçilerini yeterli derecede eğitip, işyeri denetimini tam yapmadığı anlaşıldığından olayda az da olsa kusurlu bulunduğu kabul edilerek, işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişilere konuyu bu yönü ile de yeniden yukarıda açıklandığı biçimde incelemek davalı TCDD ve ölen sigortalının kusur oranları belirlendikten sonra hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan veriler gözönünde tutularak hesap raporu almak, bu şekilde hak sahiplerinin zararı belirlendikten soma, mükerrer ödemeyi ve haksız zenginleşmeyi önlemek için, hüküm tarihine en yakın tarihte yürürlükte bulunan katsayı artışları dikkate alınarak SGK'ca davacılar bağlanan gelirin peşin sermaye değerini kurumdan sormak suretiyle tazminattan indirilmek ve sonuca göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın inandırıcı güç ve nitelikte, olmayan İş Kanunu'nun 77. maddenin öngördüğü koşulları içermeyen 15.02.2008 ve kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 10.5.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KUSUR ORANI • CEZA MAHKEMESİ KARARI • İŞVEREN KUSURU İNSAN HAYATI

ÖZET: Davacı, iş kazası sonucu ölen murisinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, ceza yargılaması sırasında düzenlenene kusur raporu esas alınarak kusurun aidiyet ve oranlarını belirlemiştir. Ceza Mahkemesinde düzenlenen rapor İş K. 77. madde istenilen özellikleri taşımamaktadır.

Y.21.HD. E: 2009/8698 K: 2010/9099 T: 27.09.2010

Davacı murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davacı vekili ile davalılardan Tahir, Türkan ve Şakir tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

K A R A R

Dava nitelikçe iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahibinin maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden sigortalının işçisi olduğu davalı B. Temizlik Güvenlik ilaçlama Makine ve Araçları Bakım Onarım Pazarlama San. ve Tic. Ltd. Şirketi ile Temizlik San. Ltd. Şti Ortak Girişiminin 07.01.2003 tarihli sözleşme uyarınca Türk Hava Yolları AO den birinci ve ikinci hangarlar ile çevresinin temizlik işlerini üstlendikleri, 1.2.2003 tarihinde murisin yemekhane camını temizlerken altı metre yükseklikten düşerek öldüğü olayda, Asliye Ceza Mahkemesinde yapılan yargılamada hükme esas alınan kusur raporunda, davalı işveren şirketin grup vardiya amiri Türkan 'ın 1/8 ,

yine işveren şirket müdürü Tahir'in 2/8 ve yemekhanede temizlik yapılmasını isteyen THY personeli Şakir'in 4/8 oranlarında kusurlu bulundukları, mahkemece yeniden kusur raporu alınmadan tazminat davasında da bu kusur oranlarının esas alındığı anlaşılmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre hukuk hakimisi kusur olup olmadığına karar vermek için ceza hukukunun sorumluluğa dair hükümleri ile bağlı olmadığı gibi, kusurun takdiri ve zarar miktarının belirlenmesi konusunda da ceza mahkemesi kararı ile bağlı değildir. Ancak Ceza Mahkemesinin mahkumiyet kararındaki, fiilin hukuka aykırılığını ve iliyet bağını saptıyan maddi olaya ilişkin kabul, hukuk hakimini de bağlar.

Dava olayın iş kazası olduğu iddiasına dayalı olup, iş hukuku ve sosyal güvenlik ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmeye tutulmalıdır. İşverenin iş kazası sonucu meydana gelen zarar nedeniyle hukuki sorumluluğu yana ve içtihatlarla belirlenmiş olan ayırık haller dışında ilke olarak iş aktinden doğan işçiyi gözetme (koruma) borcuna aykırılıktan kaynaklanan kusura dayalı sorumluluktur. İnsanın yaşamının kutsallığı çerçevesinde işverenin işçilerin sağlığını ve güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanunu'nun 77. maddesinin açık buyruğudur.

İş kazasından doğan tazminat davalarının özelliği gereği, İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları gözönünde tutarak ve özellikle işyerinin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelenmek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde belirlenmelidir.

Mahkemece ceza yargılaması sırasında düzenlenen kusur raporu esas alınarak kusurun aidiyet ve oranları belirlenmiştir. Bu raporda ise; bilirkişinin, İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları gözönünde tutarak ve özellikle işyerinin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin ilgili maddelerin incelemek suretiyle, işverenin, işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelemek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiç bir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde, saptamadıktan anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, kusur raporunun, İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları içerdiği giderek hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez.

Mahkemenin kabulüne göre; Türk Hava Yolları'nın personeli olan Şakir'in kusurlu olduğu kabul edilerek tazminattan sorumlu tutulmuştur. Bu durumda, Türk Hava Yollarının BK 55. maddesi uyarınca Şakir'in istihdam edeni sıfatıyla Şakir'in kusuru nedeniyle kusursuz sorumlu olduğu halde hakkındaki davanın husumet yokluğundan reddi isabetsiz olmuştur.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin özellikle inandırıcı güç ve nitelikte olmayan 77. maddenin öngördüğü koşulları içermeyen kusur raporu hükme dayanak yapılarak yazılı şekilde hüküm kurulması da usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün Yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre tarafların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, temyiz harcının iadesine, 27.9.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA GENEL KURULU**YARGITAY BOZMASI • SANIĞIN YOKLUĞUNDA KARAR VERİLMESİ**

ÖZET: Sanık aleyhine verilmiş Yargıtay bozma kararına karşı sanıktan diyeceği sorulmadan yokluğunda karar verilmesi yasaya aykırıdır.

Y.C.GK. E: 2008/1-254 K: 2009/4 T: 27.01.2009

Sanıkların müdahil A'ya sopayla vurmaları sonucu kafada sol frontoparietalde açık çökme kırığı, pnömaselafil, subaraknoid kanamaya, motor afazi, sesörinoral disfaziye ve organik beyin sendromuna neden olan, hayati tehlike geçirmesine, söz söyleme kabiliyetinin devamlı zaafına, organik beyin sendromunun devamlı akıl hastalığı niteliğinde olduğu Adli Tıp Kurumu İkinci İhtisas Kurulu raporu ile anlaşılacakla sanıkların eylemlerinin öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu, gözetilerek, Sanık İ'nin 765 sayılı TCK'nun 448, 62, 463, 51/1, 59 ve 5237 sayılı TCK'nın 81, 35, 29, 62. maddeleri, Sanık T'nin 765 sayılı TCK'nın 448, 62, 463, 51/1, 59, 81/2 ve 5237 sayılı TCK'nın 81, 35, 29, 62. maddeleri, Sanık L 'in 765 sayılı TCK'nun 448, 62, 463, 51/1, 55/3, 59. maddeleri ve

5237 sayılı TCK'nun 81, 35, 29, 31/3, 62. maddeleri gereğince yapılan uygulama sonuçlarının birbirleriyle karşılaştırılması, lehe olan uygulamanın belirlenmesi ve ona göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi," isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiş,

Sivas 1. Ağır Ceza Mahkemesince, 22.04.2008 gün ve 33-75 sayı ile; sanıklar İ, T ve L'in bozmaya karşı diyecekleri saptanmadan, eylemlerinin yaralama suçunu oluşturduğu gerekçesiyle ilk hükümde direnilmiştir.

Bu hükmün de sanıklar T, G, L,G,ve İ,G müdafileri ile Katılan-Sanık A, G vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay C.Başsavcılığının "bozma" istekli 18.11.2008 gün ve 215154 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca incelenmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, suç niteliğinin belirlenmesine ilişkin ise de; İncelenen dosyada;

Sanıklar T. G. L. G ve İ. G'nin, katılan sanık A'ya yönelik eylemlerinin, öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu gerekçesiyle bozulması üzerine, Sivas 1. Ağır Ceza Mahkemesince, sanıkların bozmaya karşı diyeceklerinin saptanması için adlarına çıkarılan meşruhatlı davetiyelerin, adresten taşınmaları nedeniyle iade edilmesi üzerine, 22.04.2008 gün ve 33-75 sayı ile

sanıklar İ, T ve L'in aleyhe bozmaya karşı diyecekleri saptanmadan eylemlerinin yaralama suçunu oluşturduğu gerekçesiyle ilk hükümde direnilmiştir.

Hükmün aleyhe bozulması halinde davaya yeniden bakacak mahkemece, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 326. maddesi gereğince sanıklardan bozmaya karşı diyeceklerinin sorulması zorunludur. Bu zorunluluk 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren ancak 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca henüz uygulanma olanağına kavuşmayan 5271 sayılı Yasanın 307/2. maddesinde de vurgulanmıştır. 1412 sayılı Yasanın 326. maddesi uyarınca sanıklara, bozmada belirtilen ve aleyhlerinde sonuç doğuracak olan hususlarda beyanda bulunma, kendilerini savunma ve bu konudaki kanıtlarını sunma olanağı tanınmalıdır. Bu yasa hükmü, savunma hakkının sınırlanamayacağı ilkesine dayanan ve uyulmasında zorunluluk bulunan buyurucu kurallardandır.

Somut olayda, sanıklar aleyhine olduğu yönünde kuşku bulunmayan bozma kararına karşı, sanıklardan diyecekleri saptanmadan, yokluklarında karar verilmesi yasaya aykırıdır.

Bu itibarla diğer yönleri incelenmeyen direnme hükmünün öncelikle saptanan bu usul yanılığı nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle;

1. Yerel Mahkeme direnme hükmünün, öncelikle saptanan bu usul yanılığı nedeniyle **BOZULMASINA**,
2. Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, tebliğnamedeki istemden değişik gerekçeyle 27.01.2009 günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

DAVADA TANIK VE BİLİRKİŞİ SIFATI HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

ÖZET: Bir davada tanık olarak dinlenen bir kişinin aynı davada bilirkişi olması mümkün değildir.

Daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olduğu anlaşılan sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmez.

Y.CGK. E: 2009/38439 K: 2010/1152 T: 25.01.2010

Dosya incelenerek gereği düşünüldü;

Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olduğu anlaşıldığından, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için aranan 5271 sayılı CMK'nın 231/6. maddesinin (a) bendinde yazılı "kasıtlı bir suçtan mahkum olmama" koşulunun bulunmaması nedeniyle sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği belirlenerek yapılan incelemede;

Katılan kurumun 17.02.2005 tarihli yazısında kaçak elektrik bedelinin 27.05.2002 tarihinde ödendiğini bildirmesi ve bu ödemenin sanık hakkında 17.04.2002 tarihinde düzenlenen tutanakla ilgili olması karşısında yargılama konusu eylemin suç tarihinin 03.10.2002 olduğu düşünüldüğünde sanık lehine 765 sayılı TCK'nın 523. maddesi ile indirim yapılamayacağının gözetilmemesi karşı temyiz olmadığı için bozma nedeni yapılmamış, diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak;

5271 sayılı CYY'nin 69/1. maddesi uyarınca hakim reddini gerektiren nedenler bilirkişiler hakkında da geçerlidir. Aynı Yasa'nın 22. maddesinde ise hakim davaya bakamayacağı durumlar düzenlenmiştir. CYY'nin 22. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendi uyarınca bir davada tanık sıfatıyla dinlenmiş olan hakim, bu davada hakim olarak görev yapamayacağı gibi, bir davada tanık olarak dinlenen kişi de aynı davada bilirkişilik yapamayacaktır. Tüm bu düzenlemeler karşısında, mahkemece 10.02.2004 tarihli duruşmada tanık olarak dinlenen MEnin'in aynı davada bilirkişi sıfatıyla verdiği 20.03.2004 tarihli raporu hükme dayanak yapılarak CYY'nin 69. ve 22. maddelerine aykırı davranılması,

Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı isteme aykırı olarak **(BOZULMASINA)**, 25.01.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TEKERRÜR OLUŞMASININ KOŞULLARI

ÖZET: İkinci suçun işlendiği tarihten sonra kesinleşen mahkumiyetler; 18 yaşından küçüklerin işlediği suçlar; infaz süreli hapis cezası; adli para cezasına ilişkin mahkumiyet hükümleri tekerrüre esas oluşturmaz.

Y.CGK. E: 2010/1-10 K: 2010/7 T: 26.01.2010

1- Sanık Şaban'ın maktul İsmail'i kasten öldürmek suçundan 5237 sayılı TCY'nin 81. maddesi gereğince müebbet hapis cezası ile cezalandırılmasına, hakkında 5237 sayılı TCY'nin 53/1, 2. maddesinin uygulanmasına, Cumayeri Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2006/24-66 sayılı tekerrüre esas mahkumiyet hükmü nedeniyle hakkında 5237 sayılı TCY'nin 58/1. maddesi gereğince tekerrür hükümlerinin uygulanmasına,

2- Sanık Şaban'ın korku, kaygı ve panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etmek suçundan 5237 sayılı TCY'nin 170/1-c maddesi gereğince 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, hakkında 5237 sayılı TCY'nin 53/1, 2. maddesinin uygulanmasına, Cumayeri Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2006/24-66 sayılı tekerrüre esas mahkumiyet hükmü nedeniyle hakkında 5237 sayılı TCY'nin 58/1. maddesi gereğince tekerrür hükümlerinin uygulanmasına,

3- Sanık Şaban'ın ruhsatsız ateşli silah bulundurmak ve taşımak suçundan 6136 sayılı Yasa'nın 13/1. maddesi gereğince 3 yıl hapis ve 450 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına, hakkında 5237 sayılı TCY'nin 53/1, 2.maddesinin uygulanmasına, Cumayeri Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2006/24-66 sayılı tekerrüre esas mahkumiyet hükmü nedeniyle hakkında 5237 sayılı TCY'nin 58/1. maddesi gereğince tekerrür hükümlerinin uygulanmasına, tutuklu kaldığı ve kalacağı sürelerinin 5237 sayılı TCY'nin 63. maddesi gereğince cezasından mahsubuna ilişkin, Düzce Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen 12.12.2006 gün ve 238-342 sayılı hüküm, Sanık Şaban hakkında kısmen re'sen temyize tabi olmasının yanında, katılanlar Ümmühan ve Hüseyin vekili ile sanık Şaban müdafii tarafından da temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay Birinci Ceza Dairesi'nce 03.07.2008 gün ve 6677-5615 sayı ile;

M toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanık Şaban'ın kasten öldürme, korku, kaygı ve panik oluşturacak şekilde silahla ateş etme, 6136 sayılı Kanun'a muhalefet suçlarının sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç nitelikleri tayin, cezayı azaltıcı sebep bulunmadığı takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, sanık Raşit'in suç delillerini gizleme kastıyla hareket etmediği, delilleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde düzeltme nedeni dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, Şaban müdafinin öldürme suçunun vasfına, korku, kaygı ve

panik oluşturacak şekilde ateş etme suçunun oluşmayacağına, vesaireye yönelen, müdahiller Hüseyin ve Ümmühan vekilinin bir sebebe dayanmayan ve yerinde görülme-yen temyiz itirazlarının reddiyle, kısmen re'sen de temyize tabi bulunan CMUK'un 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak

a) 53/1-c maddesinde sayılan haklarla ilgili kısıtlılık süresinin aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca şartla tahüyesine kadar olmasına,

b) 58. maddenin uygulanmasına dair hüküm fıkralarına * sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına' ibaresinin eklenmesine karar verilmek suretiyle düzeltilen hükümlerin tebliğ namedeki düşünce gibi onanmasına" karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığınca 24.12.2009 gün ve 275639 sayı ile;

"İtiraza konu uyuşmazlık, suç tarihinde kesinleşmemiş bulunan hükmün tekerrüre esas alınması noktasındadır.

Yerel mahkemenin tekerrüre esas almış olduğu ilk suça ilişkin, Cum ay eri Asliye Ceza Mahkemesinin 12.04.2006 gün ve 24-66 sayılı kararının 08.05.2006 tarihinde kesinleştiği; ikinci suça ilişkin hükmün konusu suçların tarihinin ise 14.03.2006 olduğu anlaşılmaktadır.

5237 sayılı TCK'nın 58. maddesi uyarınca kişinin mükerrir sayılması için ilk hükmün kesinleşmesinden sonra ikinci suçun işlenmesi gerektiği halde ikinci suçun suç tarihi itibarıyla ilk suça ilişkin hüküm kesinleşmemesi nedeniyle mükerrir sayılmayacağından TCK'nın 58. maddesinin uygulanması yasaya aykırılık oluşturmaktadır" gerekçeleri ile itiraz yasa yoluna başvurularak,

Yargıtay Birinci Ceza Dairesi'nin 03.07.2008 gün ve 2007/6677 esas - 2008/5615 sayılı kararının kaldırılmasına,

Düzce Ağır Ceza Mahkemesi'nin 12.12.2006 gün ve 238-342 sayılı kısmen re'sen de temyize tabi bulunan sanık Şaban'ın cezalandırılmasına ilişkin hükümlerin hak yoksunlukları nedeniyle 5237 sayılı TCY'nin 53/3. maddesi gözardı edilerek 53/1-c maddesinde belirtilen kısıtlamanın cezanın infazı süresince sürdürülmesi ve şartları bulunmadığı halde 5237 sayılı TCY'nin 58. maddesinin uygulanması nedeniyle bozulmasına, ancak aykırılık yeniden yargılamayı gerektirmediğinden 1412 sayılı CMUK'nin 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak;

a) 53/1-c maddesinde sayılan haklarla ilgili kısıtlılık süresinin aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca şartla tahliyesine kadar olmasına, ibaresinin eklenmesi;

c) 5237 sayılı TCY'nin 58. maddesinin uygulanmasına ilişkin kısımların hükümlerden çıkartılması; Suretiyle düzeltilerek onanmasına, karar verilmesi talep olunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilmekle, Ceza Genel Kurulu'na değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, esas itibarıyla sanık Şaban hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

İtirazın kabulü halinde Özel Daire kararının kaldırılmasının gündeme gelecek olması nedeniyle, Özel Daire'ce düzeltilmiş olan bu hususta da Ceza Genel Kurulu'nca zorunlu olarak bir karar verilmesi gerekeceğinden; 5237 sayılı TCY'nin 53. maddesinin itirazda bu zorunluluk nedeniyle belirtildiği nazara alınarak yapılan incelemede;

5237 sayılı TCY'nin 58. maddesi uyarınca;

Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmesinden sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, sanık hakkında tekerrür hükümleri uygulanacaktır. Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki hükmün kesinleşmesi ve ikinci suçun kesinleşmeden sonra işlenmesi yeterli olup, cezanın infaz edilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkumiyet halinde cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl, beş yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasına mahkumiyet halinde ise, cezanın infaz tarihinden itibaren üç yıl geçmekle ve yine fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış kişiler hakkında tekerrür hükümleri uygulanmayacak, mükerrir sanık hakkında, sonraki suç nedeniyle yasa maddesinde seçimlik ceza olarak hapis veya adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunacak, hükmolunan ceza mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilecek, ayrıca hükümlü hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır.

Dosyanın incelenmesinde, tekerrüre esas alınan hükmün, Cumayeri Asliye Ceza Mahkemesi'nin 12.04.2006 gün 24- 66 sayılı hükmü olduğu, sanığın 05.03.2003 tarihinde işlediği 6136 sayılı Yasa'ya aykırılık suçundan, 6136 sayılı Yasa'nın 13/1, 765 sayılı TCY'nin 59 ve 647 sayılı Yasa'nın 4. maddeleri gereğince 2985 YTL adli para cezasıyla cezalandırılmasına ve cezasının taksitlendirilmesine ilişkin bu hükmün, 19.06.2006 tarihinde kesinleştiği, sanığın incelenen adli sicil kaydında birçok mahkumiyeti bulunmakta ise de, bunlardan büyük bir kısmında 2253 sayılı Yasa'nın 12 ve 765 sayılı TCY'nin 55/3. maddelerinin uygulandığı, bir kısmının infaz tarihinden itibaren ise 3 yıldan fazla sürenin geçmesi nedeniyle tekerrüre esas oluşturmayacakları, tekerrüre esas alınan hükmün ise ikinci suç tarihi olan 14.03.2006 tarihinden sonra 19.06.2006 tarihinde kesinleşmesi nedeniyle 5237 sayılı TCY'nin 58. maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulü ile Yargıtay Birinci Ceza Dairesi'nin 03.07.2008 gün ve 6677- 5615 sayılı düzelterek onama kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün bozulmasına, yeniden yargılama yapmayı gerektirmeyen bu konuda Ceza Genel Kurulu'nca da 1412 sayılı CYUY'nin 322. maddesi uyarınca karar verilmesi mümkün bulunduğundan, sanık hakkındaki hükümlerden 5237 sayılı TCY'nin 58. maddesinin

uygulanmasına ilişkin kısımların çıkartılması ve hükümlere "sanığın kendi altsoyu üzerinde 5237 sayılı Yasa'nın 53/1. fıkrasının (c) bendindeki haktan şartla tahliye tarihine kadar yoksun bırakılmasına" ibaresinin eklenmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına karar verilmelidir.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle;

1-Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE**,

2-Yargıtay Birinci Ceza Dairesi'nin 03.07.2008 gün ve 6677-5615 sayılı düzelterek onama kararının **KALDIRILMASINA**,

4-Düzce Ağır Ceza Mahkemesi'nin 12.12.2006 gün ve 238-342 sayılı kararının sanık Şaban hakkındaki hükümlerle ilgili olarak **BOZULMASINA**,

6-Yeniden yargılama gerektirmeyen bu konuda, 5320 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nin 322. maddesi uyarınca karar verilmesi mümkün bulunduğundan, sanık Şaban hakkındaki Hükümlerden, "5237 sayılı TCY'nin 58/1. maddesi gereğince tekerrür hü-kümlerinin uygulanmasına" ibarelerinin çıkartılması ve hükümlere "sanığın kendi altsoyu üzerinde 5237 sayılı Yasa'nın 53/1. fıkrasının (c) bendindeki haktan şartla tahliye tarihine kadar yoksun bırakılmasına" ibaresinin eklenmesi suretiyle düzeltilerek **ONANMASINA**,

8-Dosyanın mahalline iadesi için Yargıtay C.Başsavcılığı'na **TEVDİİNE**, 26.01.2010 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

YAĞMA SUÇU • HIRSIZLIK İLE YAĞMA ARASINDAKİ FARKLAR

ÖZET: Hırsızlık suçunun davamı olarak gerçekleşen cebir ve tehdit yağma suçunu değil, hırsızlık ve tehdit veya hırsızlık ve yaralama suçunu oluşturur.

Yağma suçunda tehdit veya cebir malın alınmasına veya teslimini sağlamaya yönelik olmalıdır.

Mağdurun yaralanmasından sonra silahının alınıp götürülmesi yağma suçunu oluşturmaz. Zira, bu durumda silah cebir ve şiddetle alınıp götürülmemiştir.

Y.CGK. E: 2009/1-238 K: 2010/16 T: 02.02.2010

Sanık Ali'nin öldürmeye teşebbüs suçundan lehe olan 5237 sayılı TCY'nin 81/1, 35/2, 29/1 ve 62/1. maddeleri uyarınca 9 yıl 4 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hakkında aynı Yasa'nın 53/1-2. maddesinin uygulanmasına, yağma suçundan lehe olan 5237 sayılı TCY'nin 148/1 ve 62/1. maddeleri uyarınca 5 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hakkında aynı Yasa'nın 53/1-2. maddesinin uygulanmasına, ruhsatsız silah

taşımak suçundan 6136 sayılı Yasa'nın 13/1, 765 sayılı TCY'nin 59/2. maddeleri uyarınca 10 ay hapis ve 366 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına, tutukluluk halinin devamına, 5237 sayılı TCY'nin 63/1. maddesi gereğince şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeni ile geçirmiş olduğu sürelerin cezasından mahsubuna, müsadereye, vekalet ücretine ve yargılama gider-lerine hükmedilmesine ilişkin, (Malatya İkinci Ağır Ceza Mahkemesi)'nce yağma suçu yönünden oyçokluğuyla, diğer suçlar yönünden oybirliğiyle verilen 02.11.2006 gün ve 11-361 sayılı hüküm, sanık müdafii ve C.Savcısı tarafından sanık lehine temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay Birinci Ceza Dairesi'nce 11.11.2008 gün ve 3988-7202 sayı ile;

"1-a) Sanık müdafinin duruşmalı inceleme isteminin tayin edilen cezanın miktarı itibariyle reddine karar verilmiştir.

b) Gasp suçunda; olayın konutta meydana geldiği gözetilmeden TCK'nın 149. maddesi yerine, aynı Kanun'un 148/1 maddesinin uygulanması aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

2- Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın adam öldürmeye teşebbüs, 6136 Sayılı Yasa'ya muhalefet suçlarının sübutu kabul, oluşı ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suçlarının niteliği tayin, cezayı azaltıcı tahrike ve takdire ilişkin sebeplerinin nitelik ve derecesi takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bozma nedenleri dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan sanık müdafinin meşru müdafaa şartlarının varlığına, teşdidin yerinde olmadığına, tahrik indiriminin daha fazla olması gerektiğine yönelen ve yerinde görülme-yen temyiz itirazlarının reddiyle,

a) Adam öldürme suçu yönünden; 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesi uyarınca belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılan sanık hakkında velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından getirilen kısıtlamanın, 53. maddenin 3. fıkrası uyarınca şartla salıverilme tarihine kadar geçerli olduğunun hüküm fıkrasının mahsus bölümüne eklenmesine karar verilmek suretiyle CMUK'nın 322. maddesi gereğince düzeltilen hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi onanmasına,

b) Gasp suçu yönünden;

Daha önce mağdur ile aralarında çıkar ilişkisi bulunan sanığın; aralarındaki sorunu görüşmek üzere, olay sabahı mağdurun evine geldiği, konuşma sırasında çıkan tartışma sırasında, polis mağdura ait olan ve eline geçirdiği tabanca ile ateş etmek suretiyle mağduru altı yerinden yaraladığı ve daha sonra tabanca ile birlikte olay yerinden kaçtığı, ertesi gün üzerinde silahla yakalandığı olayda; silahın yağma amacıyla alındığını gösteren kesin ve yeterli kanıt bulunmadığı, ey/emin hırsızlık suçunu oluşturduğu anlaşıldığı halde, hırsızlık yerine gasp suçundan hüküm kurulması,

c) 6136 sayılı Yasa'ya muhalefet suçu yönünden;

Hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 5728 Sayılı Yasa'nın 562. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesi uyarınca sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması"nedenleriyle bozulmuştur.

Malatya İkinci Ağır Ceza Mahkemesi'nce 09.03.2009 gün ve 405-69 sayı ile;

"Sanık, yara/amadan önce mağdura ait tabancayı ele geçirip, onu en ağır şekilde yaralayıp etkisiz hale getirdikten sonra, mağdura ait beylik tabancayı beline takmış ve olay yerinden ayrılmıştır. Sanık, ertesi gün kendisine ilişkin olayı televizyonda izlerken kahvehanede bu silahla birlikte yakalanmıştır. Sanık, silahı alıp götürdükten sonra 25 saat sonra yakalanmıştır. Olayda saikin bir önemi yoktur. Sanık o/ayda kullandığı tabancayı alarak 25 saat üzerinde taşımıştır. Teslim ve iade kast ve niyeti olduğuna dair herhangi bir emare de bulunmamaktadır. Sanık istese idi tabancayı emniyet veya jandarmaya ya da resmi mercilere iade edecek bir yere teslim edebilirdi. Üniversite terk eden sanığın Cumartesi ve Pazar günleri polis ve jandarmanın çalıştığını bilmemesi mümkün değildir. Ayrıca mağdur çok ağır şekilde yaralanmış ve etkisiz hale gelmiştir. Bu aşamadan sonra mağdurun bu tabanca ile sanığa zarar vermesi de mümkün değildir. Bu itibarla, sanığın bu yöndeki savunmasına katılmak mümkün değildir. Özetle ve sonuç olarak, sanık, mağduru yaraladıktan sonra ona ait 1,5 milyar lira değerindeki tabancayı alarak olay yerinden uzaklaşmış, tabancayı kendi hakimiyeti altına almış ve 25 saat süre ile üzerinde taşımıştır. Cumhuriyet Savcısı mütalaasında sanığın ruhsatsız tabanca taşıdığını kabul etmektedir. Ruhsatsız tabanca taşıma kastı bulunduğu takdirde yağma kastı bulunmadığını kabul etmek de mümkün görülmemektedir.

Böylece ve sonuç olarak, sanık, mağdura ait tabancayı alıp, bu tabanca ile mağduru yaraladıktan sonra olay yerinden uzaklaştığı, 25 saat üzerinde taşıdığı anlaşıldığından, sanığın mal edinme kastı ile hareket ettiğinin kabulü gerekmiştir. Sanık, yaralamadan önce tabancayı alıp, bu tabanca ile mağduru yaraladığı, onu etkisiz hale getirdiği, bu şekilde cebir uyguladığı gözetildiğinde, sanığın kast ve eyleminin hırsızlıktan ibaret olmayıp, yağma suçunu oluşturduğu kanaatine varılmıştır. Diğer bir anlatımla, olayda hırsızlık suçunun unsurlarının varlığı kabul edildiği takdirde, yaralamadan önce silah ele geçirildiğine göre, zor unsuru da bulunduğundan, mahkememizce önceki kararda direnilerek, sanığın, yağma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekmiştir" gerekçeleriyle yağma suçu yönünden ilk hükümde direnilmiş, 6136 sayılı Yasa'ya aykırılık suçundan ise bozma ilamına uyulmuştur.

Bu hükmün de sanık müdafii tarafından temyizi üzerine, Yargıtay C.Başsavcılığı'nın yağma suçu yönünden bozma istemli, 09.10.2009 gün ve 207056 sayılı tebliğ namesi ile Birinci Başkanlığa gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulu'nca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, öldürmeye teşebbüs ettiği mağdurun silahını alarak olay yerinden uzaklaşan sanığın eyleminin yağma suçunu mu, yoksa hırsızlık suçunu mu oluşturduğu noktasında toplanmaktadır.

Yağma suçları, 765 sayılı TCY'de, cürümlere ait ikinci kitabın onuncu babının, ikinci faslında düzenlenmiştir. Bu fasılda, yağma (495/1), dolaylı yağma (495/2), senedin yağması (496), 495 ve 496. maddelerde düzenlenen suçların ağırlatıcı nedenleri (497), korkutarak faydalanma (498), adam kaldırma (499), adam kaldırmada muhabere nakli (500), cebir karinesi (501) ve Ceza Kanunu'nun uygulanmasında gece vakti (502) ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

5237 sayılı TCY'de ise yağma suçları Özel Hükümler Kitabında, Kişilere Karşı Suçlara ilişkin ikinci kısmın malvarlığına karşı suçlar başlıklı onuncu bölümünde 148 ila 150. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

148. maddenin 1. fıkrasında yağma suçunun temel şekli, 2. fıkrasında senedin yağması, 3. fıkrasında ise cebir karinesine yer verilmiş, 149. maddesinde nitelikli yağma, 150. maddede ise kişinin hukuki bir ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla yağma ile yağmada değer azlığı yaptırma bağlanmıştır.

765 sayılı TCY'nin 502. maddesinde tanımlanan gece vakti, 5237 sayılı TCY'nin tanımlar başlıklı 6. maddesinin 1/e bendine alınmış, 765 sayılı TCY'nin 495/1. fıkrası ile 496. maddelerinde düzenlenen yağma 5237 sayılı Yasa'nın 148/1 ve 2. fıkralarında, 765 sayılı Yasa'nın 501. maddesindeki cebir karinesi ise 5237 sayılı Yasa'nın 148/3. fıkrasında düzenlenmiş, 765 sayılı TCY'nin 498. maddesindeki korkutarak faydalanma, 499. maddesindeki adam kaldırma ve 500. maddedeki adam kaldırma suçlarında muhabere nakli suçlarına ise ayrı bir suç tipi olarak yer verilmemiştir.

765 sayılı TCY'nin 495/1. maddesinde; "...menkul bir malın zilyedini veya cürüm mahallinde bulunan bir başkasını cebir ve şiddet kullanarak veya şahsen veya malen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı ile tehdit ederek o malı teslim yahut o malın kendi tarafından zaptına karşı sükut etmeye mecbur kılma" şeklinde tanımlanan yağma suçu; esasında cebir veya tehdit kullanmak suretiyle yapılan hırsızlıktan ibarettir. Yani cebri hırsızlıktır. Şu hale göre yağma; bir kimsenin menkul malını cebir, şiddet, tehdit kullanarak almaktır. Hırsızlık ile yağma cürümleri aynı ortak unsurlara malik olup, ayrıldıkları tek nokta ya da başka bir deyişle hırsızlığa oranla sahip olduğu ilave unsur; malı almak için cebir veya tehdit kullanılmasıdır.

Yağmada; hırsızlık suçunda mevcut olan unsurların yanında, fiilin cebir veya tehditle işlenmesi gerekir. Failin malı almak için mağdur karşı cebir veya tehdit kullanması yağma suçunu hırsızlıktan ayırır.

Yine aynı şekilde, basit yağma suçu, 5237 sayılı Yasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrasında, 765 sayılı TCY'nin 495/1. fıkrasına benzer biçimde tanımlanmıştır.

5237 sayılı TCY'nin 148/1. maddesi uyarınca; kişinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı bakımından büyük bir zarara uğratılacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakılması yağma suçunu oluşturur. Suç, anılan değerlere yönelik bir saldırı gerçekleştirileceğinden bahisle tehdit veya cebir kullanılması suretiyle gerçekleşir. Failin isteğinin yerine getirilmemesi halinde belirli bir kötülüğün mağdura bildirilmesi şeklinde tanımlanan tehdit, anılan değerlere yönelik bir saldırı veya malvarlığı bakımından büyük bir zarara uğratılacağından bahisle yapılmalıdır.

765 sayılı TCY'nin 495. maddesinin 2. fıkrasındaki "kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak için mal sahibine veya vaka mahalline gelen başkasına cebir ve şiddet veya tehdit icra eden kişinin de yağma suçundan cezalandırılacağına" ilişkin dolaylı yağma suçuna 5237 sayılı TCY'de yer verilmemiş olduğundan, hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, kullanılan cebir veya tehdit yağma suçunu değil, olayın gerçekleşme biçimine göre hırsızlık ve tehdit veya hırsızlık ve yaralama suçlarını oluşturabilir.

Yağma, tehdit veya cebir kullanma ile hırsızlık suçlarının bir araya gelmesiyle oluşmuş bileşik bir suçtur. Bu itibarla, birden çok hukuki değeri korumaktadır. Kendisini oluşturan suçların korudukları hukuki değerler olan, kişi özgürlüğü, zilyetlik ve mülkiyet yağma suçunun da koruduğu hukuksal değerlerdir.

Yağma suçunda, tehdit veya cebir malın alınması veya teslimini sağlamaya yönelik olmalı, tehdit veya cebir malvarlığına karşı işlenen bu suçta araç olarak kullanılmalıdır. Başka maksatlarla kullanılmış bulunan cebir veya tehdidin etkisiyle malın alınması yağma suçunu oluşturmaz.

Yağma suçunun manevi unsuru kasttır. Bu suçun taksirle işlenmesi olanaksızdır. Failin, tehdit veya cebirle mağdurun egemenliğindeki malı aldığını bilmesi ve istemesi gerekir. Kast hem almayı hem de icbarı kapsamalıdır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Mağdur Mahmut'un M... Emniyet Müdürlüğü'nde polis memuru olarak görev yaptığı, 2004 yılı Haziran ayı içerisinde tanık Selçuk vasıtası ile sanıkla tanıştığı ve arkadaşlık kurduğu, sanığın çevreye borsa, maden, mermer alanları hususunda bilgili olduğunu yaydığı, aldığı maaşla yetinmeyen mağdurun da zengin olma hayalleri kurduğu, bu şekilde sanık ile mağdurun birlikte iş yapmaya karar verdikleri, tanık Selçuk ile mağdur Mahmut'un sanığa para verdikleri, sanığın buna karşılık mermer sahası ruhsatı alacağını söylediği, aradan uzun süre geçtiği halde bu konuda herhangi bir ilerleme olmayınca tanık ile mağdurun paralarını geri isteyip aldıkları, ancak sanık ile mağdurun görüşmeye devam ettikleri, sanığın davetli-davetsiz bekar olarak yaşayan mağdurun evine gidip kaldığı, ancak bu görüşmelerin taraflar arasında huzursuzluk ve sıkıntılar meydana getirdiği, ayrıca taraflar arasında tablo alım satımı konusunda da bir uyuşmazlık yaşandığı, olay günü sabahı

da sanığın mağdurun evine geldiği, burada yeniden eski konuları konuşmaya başladıkları, ilk kimin başlattığı saptanamamakla birlikte aralarında tartışma çıktığı, çıkan tartışma sonucunda, mağdurun sanığa fiili saldırıda bulunduğu, bu esnada çıkan boğuşmada, mağdurun elindeki silahı ele geçiren sanığın, mağdura ait beylik tabanca ile mağdura ateş ettiği, bunlardan altısının mağdura isabet ettiği, mağdurun iki yaralamadan dolayı hayati tehlike geçirecek nitelikte yaralandığı, kaldırıldığı hastanede tekrar yaşama döndürüldüğü, sanığın mağdura ateş ettikten sonra suç tarihinde 1,5 milyar lira değerindeki tabancasını yanına alıp olay yerinden uzaklaştığı, 20.11.2004 günü saat 10.00 sıralarında gerçekleşen bu olayın, saat 10.15 sıralarında polis haber merkezine bildirildiği, sanığın ertesi gün saat 11.15 sıralarında kendisine ilişkin haberleri kahvehanede izlerken polis tarafından yakalandığı, böylece sanığın yaklaşık 25 saat sonra tabanca ile birlikte ele geçirildiği toplanan kanıtlardan anlaşılmaktadır.

Görüldüğü gibi, sanığın kullandığı cebir en aleyhe beyan olan katılanın 15.12.2004 tarihli anlatımı esas alındığında dahi, silahın alınmasına yönelik değildir. Yağma suçunu diğer malvarlığı değerlerine yönelik suçlardan ayıran en belirgin özellik, tehdit veya cebrin malın alınması veya teslimini sağlamaya yönelik olmasıdır. Oysa somut olayda, sanık çıkan boğuşmada ele geçirdiği silahla mağdura ateş etmek suretiyle öldürmeye teşebbüs suçunu işlemiş ve bilahare olayın heyecanına da kapılmak suretiyle silahı da alarak olay yerinden uzaklaşmıştır. Sanığın başlangıçtaki kastı kendisine yönelik saldırıyı bertaraf etmek için korunma içgüdüsüyle silahı almaya yönelik olup, olayın ileriki aşamalarında da bu kastın değiştiğine ilişkin hiçbir kanıt bulunmamaktadır. Mağdurun yaralanmasından sonra, ona ait silahın alınarak götürülmesi de yağma suçunu oluşturmaz. Zira malın alınması yönünde cebir veya tehdit kullanılmadığı gibi, mağdurun yaralanmış olması ve bilahare sanık tarafından silahın götürülmesi 765 sayılı TCY'nin 501 ve 5237 sayılı TCY'nin 148/3. maddeleri kapsamında da değerlendirilemez.

Bu itibarla eylemin hırsızlık olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken, direnme kararı verilmesi isabetsiz olup, direnme hükmünün suç vasfındaki yanılğı nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan dört Kurul Üyesi; "mağdurun etkisiz hale getirilmesinden sonra silahın alınarak götürülmesi ve yaklaşık 25 saat taşınması şeklindeki eylemin yağma suçunu oluşturduğu" görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle;

3- İsabetsiz olan yerel mahkeme direnme hükmünün **BOZULMASINA**,

4- Dosyanın, 6136 sayılı Yasa'ya aykırılık suçu yönünde incelenmek üzere, Yargıtay Birinci Ceza Dairesi'ne gönderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına **TEVDİİNE**, tebliğnamedeki isteme uygun olarak, 02.02.2010 günü yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

İADE EDİLEN DOSYA • HÜKMÜN SANIK ALEYHİNE DEĞİŞTİRİLEMEYECEĞİ

ÖZET: Lehe yasa değerlendirilmesi yapılması gerektiğinden bahisle esas yönünden iade edilen dosyalarda temyiz sadece sanık veya aleyhte sonuç verecek kişiler tarafından yapılmış ise ilk hükümde verilmiş olan cezadan daha ağır bir cezaya hükmedilemez.

Y.CGK. E: 2010/11-18 K: 2010/17 T: 02.02.2010

Sanıklar Cemal, Naşit ve Veysel'in 765 sayılı TCY'nin 350/1-son ve 80. maddeleri uyarınca l'er yıl 2'şer ay hapis cezaları ile cezalandırılmalarına,

Sanıklardan Cemal ve Naşit'in hazırlık savunmaları ve tüm sanıkların yargılama sırasında İzlenen olumlu davranışları lehlerine yorumlanarak TCY'nin 59/2. maddesi gereğince cezalarından 1/6 oranında İndirim yapılarak her bir sanığın 11 ay 20 gün hapis cezası ile ayrı ayrı cezalandırılmasına;

Sanıklara verilen hapis cezasının süresi ve sanıkların kişilikleri göz önüne alınarak 647 sayılı Yasa'nın 4/1. maddesi gereğince hapis cezasının günü 7.269.000 TL'den paraya çevrilerek, her bir sanığın 2.544.150.000 TL ağır para cezasıyla ayrı ayrı cezalandırılmasına,

Sanıklara verilen para cezasının miktarı itibariyle 647 sayılı Yasa'nın 5. maddesi gereğince birer ay ara ve 6 eşit taksitle tahsiline, taksitlerden birinin süresi içinde ödenmemesi halinde geriye kalan tüm para cezasının sanıklardan tahsiline,

Emanet memurluğunun 2002/492 sırasında kayıtlı 2 adet tabanca ruhsatının iptal edilerek dosyada kanıt olarak muhafaza edilmelerine ilişkin, Bakırköy Onuncu Asliye Ceza Mahkemesi'nce verilen 02.02.2005 gün ve 492-36 sayılı hüküm, sanık Veysel müdafileri tarafından temyiz edilmekle, Yargıtay C.Başsavcılığı'nın 24.03.2006 gün ve 175979 sayılı yazısı ile yeni yasal düzenlemeler doğrultusundan sanığın hukuki durumunun lehe yasa kapsamında değerlendirilmesi için incelenmeksizin 5320 sayılı Yasa'nın 8/2. maddesi uyarınca mahalline iade edilmiştir.

Bakırköy Onuncu Asliye Ceza Mahkemesi'nce 27.12.2006 gün ve 373-923 sayı ile;

Temyiz edilen kararın henüz mevcudiyetini korumakta olduğu belirtmek suretiyle lehe yasa karşılaştırması yapılarak bu kez;

"Sanıklar Cemal ve Naşit'in, 765 sayılı TCY'nin 350/1-son, 80, 59/2 ve 647 sayılı Yasa'nın 4/1. maddeleri gereğince 2.100'er YTL adli para cezası ile cezalandırılmalarına ve sanıkların cezalarının 647 sayılı Yasa'nın 5. maddesi gereğince l'er ay ara ve 6 eşit taksitle tahsiline,

Sanık Veysel'in ise 765 sayılı TCY'nin 350/1-son ve 80. maddeleri uyarınca 1 yıl 2 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına, 765 sayılı TCY'nin 59, 647 sayılı Yasa'nın 4 ve 6. maddelerinin uygulanmasına yer olmadığına" karar verilmiştir.

Sanık Veysel müdafii tarafından temyiz edilen bu hüküm ise dosyayı inceleyen Yargıtay Onbirinci Ceza Dairesi'nce 26.10.2009 gün ve 4922-12474 sayı ile;

"Gerekçeli karar başlığında 11.05.2002 o/arak yanlış yazılan suç tarihinin 06.05.2002 olarak mahallinde düzeltilmesi mümkün görülmüş, sanığın mühür fekki ve kavgada korkutmak için silah çekmek suçlarından tekerrüre esas infaz edilmiş sabıkaları nedeniyle 765 sayılı TCK'nın 81/1. maddesi uyarınca cezasının artırıl maması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamış, sanıklar Cemal ile Nasit haklarındaki önceki hükmün temyiz edilmeyerek kesinleştiği, dosyanın uyarlama yapılmak üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının iadesi üzerine, tekrar yargılama sürecine dahil edilerek sanık sıfatıyla yargılanmaları sonucu verilen hüküm hukuki değerden yoksun olduğundan tebliğnamedeki bozma düşüncesine ise iştirak edilmemiştir.

Daha önce kasıtlı bir suçtan mahkumiyeti bulunması nedeniyle 5728 sayılı Yasayla değişik CMK'nın 231. maddesinin uygulanması olanağı bulunmayan sanık hakkında toplanan deliller karar yerinde incelenip, yüklenen suçun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde vasfı tayin, cezaı artırıcı sebebin nitelik ve derecesi takdir kılınmış, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7 ve 5349 sayılı Kanunla değişik 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uyg/ama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddeleri uyarınca mahkemece 765 ve 5237 sayılı Yasa hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların denetime imkar verecek şekilde gösterilip birbiriyle karşılaştırılması suretiyle lehe yasa belirlenerek sonucuna göre karar verilmiş ve incelenen dosyaya göre hükümde eleştiriler dışında bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan sanık müdafinin in 765 sayılı TCK'nın 59 ve 647 sayılı Yasa'nın 4, 5 ve 6. maddelerinin uygulanmamasının yanlış olduğuna ilişkin ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle" onanmıştır.

Yargıtay C.Başsavcılığınca 14.01.2010 ve 32353 sayı ile;

"1- CMK'nın 34 ve 230. maddeleri uyarınca mahkeme kararlarının gerekçeli olması ve gerekçenin 230. maddedeki hususları içermesi zorunludur. Hükmün gerekçeyi içermemesi aynı Yasa'nın 289/1-g maddesine göre (temyiz dilekçesi ve beyanında gösterilmemiş olsa bile) hukuka kesin aykırılık halleri arasında sayılmıştır.

Önceki hükmün temyiz edilmesi sonucu dosyanın 5320 sayılı Yasa'nın 8/2. maddesi uyarınca iade edilmesi üzerine kurulan yeni hükümde de

gerekçenin bulunması yasal zorunluluktur. Önceki karara atıf yapılması veya dayanılması suretiyle karar verilmesi hallerinde gerekçe gösterilmiş

sayılamaz, zira önceki hüküm ortadan kaldırılmış, yeni bir hüküm kurulmuş durumdadır. Söz konusu karar, gerekçeyi içermemesi nedeniyle CMK'nın 34 ve 230. maddelerine aykırı davranılmıştır, bu durum kesin hukuka aykırılık nedeni oluşturup, hükmün öncelikle bu nedenle bozulmasını gerektirmektedir.

2- Yargılama sırasında sanığın savunması 11.06.2003 tarihli oturumda alınmış, sanık 07.10.2003 tarihli oturuma da katılmıştır. İlk hükmün verildiği 02.02.2005 tarihli oturumda sanık vekili tarafından lehe hükümler ile 647sayılı Yasa'nın 4 ve 6. madde hükümlerinin uygulanması talep edilmiş, yargılama sonunda sanıklar hakkında 765 sayılı TCK'nın 350/1-son ve 80. maddelerince tayin olunan cezadan aynı Yasa'nın 59/2. maddesi uyarınca indirim yapılmış ve sanıklara verilen özgürlüğü bağlayıcı ceza 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesi uyarınca ağır para cezasına çevrilmiştir.

Kısa kararın ve gerekçeli kararın hüküm fıkrasının birlikte değerlendirilmesinden; sanıklar Cemal ve Naşit yönünden, bu sanıkların hazırlık savunmaları ile yargılama sırasında izlenen olumlu davranışlarının, sanık Veysel açısından ise, yalnızca yargılama sırasında izlenen olumlu davranışlarının lehine yorumlanarak her üç sanık hakkında da 765 sayılı TCK'nın 59/2. maddesinin uygulandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca hüküm kısmının bahsedilen 3. paragrafı yanında 4, 5 ve 6. paragraflarda yer alan ve sanık isimlerine yer vermeyip tüm sanıkları kapsayan sanıklara-sanıkların' ibarelerinin kullanılması da; TCK'nın 59. maddesinin tüm sanıklar, hakkında uygulandığını doğrular niteliktedir. Önceki hüküm yalnızca sanık vekili tarafından temyiz edildiğinden önceki hükümde tayin olunan ceza miktarı kazanılmış hak oluşturmaktadır. Hal böyle iken temyize konu ikinci kararda yalnızca 765 sayılı TCK'nın 350/1-son ve 80. maddelerince uygulama yapılmasının hukuka aykırı olduğu kanaatine ulaşılmıştır" gerekçeleriyle itiraz yasa yoluna başvurularak, Yargıtay On birinci Ceza Dairesi'nin 26.10.2009 gün ve 4922-12474 sayılı kararının kaldırılmasına, Bakırköy Onuncu Asliye Ceza Mahkemesi'nin 27.12.2006 gün ve 373-923 sayılı kararının bozulmasına karar verilmesi talep olunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilmekle, Ceza Genel Kurulu'nca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, lehe temyiz davası üzerine Yargıtay C.Başsavcılığınca 5320 sayılı Yasa'nın 8/2. maddesine dayanılarak gerçekleştirilen iade üzerine verilen kararın 5271 sayılı CYY'nin 34 ve 230. maddeleri uyarınca zorunlu gerekçeyi içerip içermediği ve iade üzerine verilen kararda aleyhe bozma yasağına aykırı davranılıp davranılmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Gerek bozma üzerine, gerekse 5320 sayılı Yasa'nın, Anayasa Mahkemesince 07.11.2007 gün ve 26693 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 05.04.2007 gün ve 127-42 sayılı kararı ile iptal edilen 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, lehe yasa değerlendirilmesi yapılması gerektiğinden bahisle incelenmeksizin iade edilen dosyalarda, iade kararının

bozma sonucunu doğurması nedeniyle, 5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi uyarınca yürüdüğünü koruyan 1412 sayılı CYUY'un 326. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiş bulunan, aleyhe değiştirmeme veya aleyhe düzeltme yasağı ilkesi uyarınca, hükmün yalnız sanık tarafından veya onun lehine veya 291. maddesinde gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmesi halinde iade üzerine yeniden verilecek hükümde önceki hükümde tayin edilmiş cezadan daha ağır bir cezaya hükmedilemeyecek ve yine önceki hüküm iade üzerine ortadan kalkacağından, yerel mahkemelerce iade üzerine de Anayasa'nın 141, 5271 sayılı CYY'nin 34, 223, 230, 231 ve 232. maddelerine uygun olarak yeniden hüküm tesis etme zorunluluğu bulunmaktadır. Aksi hal, 5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi uyarınca halen varlığını sürdüren 1412 sayılı CYUY'un 326/4, 308/7 ve 5271 sayılı CYY'nin 289/1-g maddelerine açık aykırılık oluşturmaktadır.

İncelenen dosyada;

Yerel mahkemece ilk hükümde, sanıklar Cemal, Naşit ve Veysel'in 765 sayılı TCY'nin 350/1-son ve 80. maddeleri uyarınca l'er yıl 2'sher ay hapis cezaları ile cezalandırılmalarına karar verilip, müteakiben sanıklardan Cemal ve Naşit'in hazırlık savunmaları ve tüm sanıkların yargılama sırasında izlenen olumlu davranışları lehlerine yorumlanarak haklarında TCY'nin 59/2. maddesi uygulanmak suretiyle, sanıkların 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmalarına ve hiçbir sanık ayrı tutulmaksızın sanıklar hakkındaki kısa süreli hapis cezalarının 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesi uyarınca ağır para cezasına dönüştürülmesine ve aynı Yasa'nın 5. maddesi uyarınca taksitlendirilmesine

karar verilmesine karşın, lehe temyiz davası üzerine, Yargıtay C.Başsavcılığı'nca 5320 sayılı Yasa'nın 8/2. maddesine dayanılarak gerçekleştirilen ve lehe bozma kapsamında değerlendirilmesinde zorunluluk bulunan iade üzerine, bu kez haklarındaki hükümler kesinleşen sanıklar Cemal, Naşit hakkında da yeniden hüküm verilmesi, Veysel hakkında kurulan hükümde ise, kazanılmış hak ilkesi nazara alınmaksızın sanık hakkında, 765 sayılı TCY'nin 59"Ub 647 sayılı Yasa'nın 4 ve 6. maddelerinin uygulanmamasına karar verilmesi, 5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'un 326. maddesinin 4. fıkrasına aykırı olduğu gibi, iade üzerine ortadan kalkan önceki hükmün varlığını sürdürdüğü kabul edilerek, Ana-yasa'nın 141, 5271 sayılı CYY'nin 34, 223, 230, 231 ve 232. maddelerine uygun olarak yeniden kurulması gereken hükümde kabul ve nitelendirmeye yönelik hiçbir değerlendirmeye yer vermeksizin, yalnızca lehe yasa karşılaştırması ile yetinen yerel mahkeme hükmü, 5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi uyarınca halen varlığını sürdüren 1412 sayılı CYUY'un 308/7 ve 5271 sayılı CYY'nin 289/1-g maddelerine açıkça aykırıdır.

Bu itibarla yerel mahkeme hükmü ve bu hükmü onayan Özel Daire ilamında isabet bulunmayıp, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmelidir.

Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının yerinde olduğu bu şekilde saptandıktan sonra, yapılan değerlendirmede, suç tarihi olan 06.05.2002 tarihinden itibaren 765 sayılı TCY'nin 350/1-son maddesindeki ceza süresi nazara alınarak, lehe olan 765 sayılı TCY'nin 102/4 ve 104/2. maddelerinde öngörülen 7 yıl 6 aylık zamanaşımı süresinin Özel Daire incelemesinden sonra 06.11.2009 tarihinde gerçekleşmiş bulunduğu saptanmakla, sanık hakkındaki kamu davasının 5271 sayılı CYY'nin 223/8. maddesi uyarınca düşmesine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Sonuç: Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C.Başsavcılığının itirazının **KABULÜNE**,

2- Yargıtay On birinci Ceza Dairesi'nin 26.10.2009 gün ve 4922-12474 sayılı onama kararının **KALDIRILMASINA**,

3- Bakırköy Onuncu Asliye Ceza Mahkemesi'nin 27.12.2006 gün ve 373-923 sayılı hükmünün **BOZULMASINA**,

4- 5320 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca, yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'un 322. maddesinin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na tanıdığı yetki kullanılmak suretiyle, sanık hakkındaki kamu davasının gerçekleşen zamanaşımı nedeniyle, 765 sayılı TCY'nin 102/4 ve 104/2. maddeleri ile 5271 sayılı CYY'nin 223/8. maddesi uyarınca **DÜŞMESİNE**,

5- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE**, 02.02.2010 günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

BAŞKASINA AİT BANKA KREDİ KARTINI KULLANMA • HIRSIZLIK SUÇU

ÖZET: Sanığın oluşturduğu düzenek ile ATM makinesine para çekmek için gelen kişilerin şifrelerini öğrenmek suretiyle ele geçirdiği menkul mal niteliğindeki banka kartıyla para çekmesi eyleminde kredi kartının kötüye kullanılması yanında hırsızlık suçu da oluşmaktadır.

Y.CGK. E: 2010/11-17 K: 2010/65 T: 30.03.2010

Hırsızlık ve banka kartının kötüye kullanılması suçlarından sanık C'nin;

3- Mağdur Bektaş'a yönelik;

Hırsızlık suçundan 5237 sayılı TCY'nin 141/1, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 1 yıl hapis, Banka kartının kötüye kullanılması suçundan, 5237 sayılı TCY'nin 245/1, 168/2, 52, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 2 yıl hapis ve 12.000 Lira adli para cezası,

4- Mağdur Ahmet'e yönelik;

Hırsızlık suçundan 5237 sayılı TCY'nin 141/1, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 1 yıl hapis,

Banka kartının kötüye kullanılması suçundan 5237 sayılı TCY'nin 245/1, 168/1, 52, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 1 yıl 4 ay hapis ve 8.000 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, (Sincan ikinci Asliye Ceza Mahkemesi)'nce verilen 19.02.2009 gün ve 700-116 sayılı hüküm, sanık müdafii tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay Onbirinci Ceza Dairesi'nce 11.11.2009 gün ve 17334-12886 sayı ile;

UYAP üzerinden 09.11.2009 tarihinde alınan nüfus kaydının, sanığın karar başlığında yazılı ve savunması alınırken tespit edilen kimlik bilgilerinin aynı olması, sanığın ATM cihazına plastik düzenek yerleştirerek şikayetçilerin kartının sıkışmasını sağlayıp yardım bahanesiyle şifrelerini öğrendikten sonra bir vesileyle yakındaki büfeye göndererek içinde bankamatik kartı bulunan plastik düzeneği yerinden alıp başka bir bankamatikten şikayetçilerin hesaplarından para çekmekten ibaret eylemlerinin; ayrı ayrı y hırsızlık' ve y banka ve kredi kartının kötüye kullanılması' suçlarını oluşturduğu kanaatine ulaşan mahkemenin dosya içeriğine uygun olan ve vicdani kanıyı yansıtan gerekçesine göre, kabul ve takdirinde isabetsizlik görülmediğinden, tebliğ namedeki bozma isteyen düşüncelere iştirak edilmemiş, şikayetçi Ahmet'e karşı işlenen banka ve kredi kartının kötüye kullanılması eyleminden dolayı TCK'nın 168/1. maddesi uyarınca tayin olunan temel cezadan 2/3 oranında indirim yapıldığı halde, indirim oranının 1/3 olarak gösterilmesi ise yerinde giderilebilir yazım hatası olarak görüldüğünden bozma nedeni yapılmamıştır" biçiminde eleştirilmek suretiyle onanmıştır.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise, 13.01.2010 gün ve 177761 sayı ile;

* Uyuşmazlığın çözümü için 765 sayılı TCK'nın 79 ve 525/b-2. maddelerine karşılık olarak düzenlenen 5237 sayılı TCK'nın 44, 245. maddelerindeki koşulların irdelenerek; suç kastı, suçların içtimai, kanunilik prensibi, hakkaniyet ilkesi gibi suçun kurucu unsurları ve hukukun evrensel ilkeleri ile ilişkilendirilmesi, buna göre fikri içtima koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin kanuni düzenleme, yargı kararları ve öğretideki görüşlerden yararlanılarak ortaya konulması gerekmektedir Sincan İkinci Asliye Ceza Mahkemesi tarafından kredi kartının kötüye kullanılması suçunun yanında hırsızlık suçunun da oluştuğuna karar verilirken ileri sürülen gerekçelerle birlikte bu gerekçeleri kabul eden Yargıtay On birinci Ceza Dairesinin uyuşmazlığa konu onama gerekçeleri dikkate alındığında; somut olayda incelenmesi gereken başlıca sorunları ana başlıklar altında şöyle sıralamak mümkündür:

1-) Fikri içtima koşullarının mevcut olup olmadığı,

2-) 5237 sayılı TCK'nın 245. maddesinin üçüncü fıkrasında eylemin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suçu oluşturmadığı takdirde anılan fıkranın uygulanacağını belirtilmesine karşın, aynı maddenin birinci fıkrasında böyle bir ibarenin yer almamasının nasıl yorumlanacağı,

3-) 765 sayılı TCK'nın 525/b maddesinin 2. fıkrası ile 5237 sayılı TCK'nın 245/1. maddesi arasında fark bulunup bulunmadığı;

Sorunların çözümüne gelince;

1. Sorun: Fikri içtima halinde bir fiil ya da bir bütün teşkil eden fiiller ile kanunun birden fazla hükümlerinin ihlalini fade eden suçların toplanmasına rağmen bütünü'nün bir suç sayılması itibariyle toplama sadece fikri veya şekli mahiyet taşımaktadır. Fikri veya şekli toplamada, fiil veya bütünü meydana getiren fiiller bir tek suç işleme kararının neticesidir.

Fikri içtimada ortak bir unsuru bulunan birden çok suç vardır. Ve bu suçlar bir tek fiil ile meydana gelmektedir. Bu sebeple fikri içtima, birbirini kesen ve fakat merkezleri ayrı olan iki daire şeklinde (Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, C. II, sh. 383-384) *bu iki dairenin ortak alanları mevcutsa da her biri kendine has bağımsız bir sahaya da sahiptir'(Erman, Askeri Ceza Hukuku, sh.28).

Fikri İçtimain Koşullarını şu şekilde sıralamak mümkündür.

4-) Birden çok suçu sonuçlayan tek ve aynı fiilin bulunması şartı;

A-) Fiilin tek olması: Ceza hukukunda hareketle neticeyi birlikte belirtmek üzere V/il' terimi kullanılır. Şu halde, fiil dediğimiz zaman, sadece hareketi veya sadece neticeyi değil, fakat bunlardan her ikisini birden kastetmiş oluruz. Fiilin iki unsuru olan hareketle, netice arasındaki bağlantı da, fiilin varlığı için şarttır ve buna da nedensellik bağı denilir.

Bu genel tanımdan sonra somut olayımıza baktığımızda; başlangıç aşamasından itibaren hedeflediği parayı alabilmek için önce ATM cihazına plastik düzenek yerleştiren ve bu şekilde müşterilere ait kartların sıkışmasını sağlayan sanığın çeşitli bahanelerle şifreyi öğrendikten sonra her iki kartı da ele geçirip, başka bir bankamatikten para çekmekten ibaret eylem/erindeki nihai amacının bankamatik kartından para çekmek olduğu konusunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Kredi kartlarının alınması müşteriler açısından zarar oluşturmamasına karşın, sanık açısından herhangi bir değer ifade ettiğinden söz edilemez. Kartların ele geçirilmesi, hedeflenen fiilin işlenmesi için sadece vasıta"dır. Sonuç itibariyle sanık da; bankamatik kartlarını ele geçirdikten sonra suç yolunda ilerlemeye devam ederek başka bankamatikten para çekmek suretiyle gerçek amacını kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortaya koymuştur. Suçun dört kurucu unsurundan birisi olan ve manevi unsur olarak adlandırılan kastın da para çekmeye yönelik olduğu anlaşıncı, ortada birden fazla hareketi tek bir sonuca bağlayan bir fiilden söz edilmesi mümkün hale gelecektir.

B-) Fiilin aynı olması: Bu şart fikri içtimain doğal sonucudur. Fikri içtimada neticeyi meydana getiren icra hareketlerinin de gerçekleşen suçlar bakımından ortak olması gerekmektedir.

Somut olayımızda, kredi kartlarının sahiplerinin rızası hilafına alınmasından sonra kullanılması her iki suçun ortak icra hareketlerini teşkil etmektedir.

C-) Maddi neticenin çeşitli ihlallerinin aynı anda sonuçlanması: İncelemeye konu olayda; müşterilere ait kredi kartları alındıktan hemen sonra başka bir ATM cihazında kullanılmak suretiyle çeşitli ihlallerin aynı zaman dilimi içerisinde sonuçlandığı konusunda kuşku bulunmamaktadır. Zira kanunun birden fazla hükümlerini ihlal bir fiille olabileceği gibi, bütün teşkil eden fiiller ile de olabilir. Burada bütün teşkil eden fiil ile netice gerçekleşmiştir.

4-) Fiilin farklı kanun hükümlerini ihlal etmesi: Farklı kanun hükümlerinden maksat farklı suç tiplerini düzenleyen hükümlerdir.

Fiil bir ve tek olduğu halde birden fazla netice meydana gelebilir. Ancak failin kastında birlik bulunduğu için bir tek suç işlenmiş sayılır. Bunun için her hadisede kastı incelemek ve ona göre bir veya ayrı suç teşkil edip etmediğini araştırmak gerekir.

Bu konunun daha iyi açıklığa kavuşturulması ve suç vasfının belirlenebilmesi için mal varlığına karşı işlenen suçlar bölümünde yer alan hırsızlık suçu ile bilişim suçları bölümünde yer alan kredi kartının kötüye kullanılması suçu arasındaki irtibat bulunup bulunmadığının irdelenmesi gerekmektedir. Bunun için bilgisayar suçluluğunun tarihsel gelişimi ile Ceza Kanunumuzdaki konuya ilişkin düzenlemeler üzerinde durulmalı, sonra da sistemin işleyiş biçimi ile öğretilerde görüşler birlikte değerlendirilmelidir.

Birinci sistemde, bilgisayar suçlarının koruduğu hukuki yarar itibarıyla, geleneksel suç tipi olarak tanımlanan [Örneğin; sahtecilik, dolandırıcılık, hırsızlık gibi] suç tiplerinden hangisine benzeşiyorsa, o geleneksel suç tipi ile aynı Dölüme yerleştirilmiştir.

İkinci sistemde ise; hızla gelişen siberetik evrimi dikkate alınmış, bilgisayar yoluyla yahut bilgisayara karşı gerçekleştirilen ve zaman içerisinde önceden öngörülmesi zor biçimde çeşitlenen hukuka aykırılık yöntemleri de gözönünde tutularak, bilgisayar suçlarının geleneksel suç tiplerinden bağımsız ve ayrı suç tipleri olduğu kabul edilmiş, bunların aynı kanunda yahut ana kod niteliğindeki genel ceza kanunlarında, ancak geleneksel suç tiplerinden farklı bölümlerde düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

İkinci sistemden etkilenen Ceza Kanunumuzda 14.06.1991 tarihinde yürürlüğe giren 3756 sayılı Kanun ile 525. maddeden sonra gelmek üzere 'Bilişim Alanında Suçlar' başlıklı on birinci bab eklenmiş olup, bu husus Kanunun gerekçesinde y suçların uygulamada kolaylık sağlamak üzere ayrı bir bölümde toplanması tercih edilmiştir' şeklinde açıklanmıştır.

Prof. Dr. Ayhan Önder, suç tipleri bakımından herhangi bir ayırım yapılmadan, bilgisayar sisteminin kullanılması ile mal varlığına karşı işlenen suçları 765 sayılı TCK'nın 525/b maddesi ile yaptırım altına alındığını belirtmiştir. (Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, sh. 504)

Ord. Prof Dr. S. DÖNMEZER ise, bilişim suçlarına ilişkin olarak ayrı bir düzenlemeye gidilmesi zorunluluğunun, hırsızlık, dolandırıcılık gibi geleneksel suçların oluşması için alınacak veya elde edilecek şeylerin

bulunması, yerine göre bir mal olması gerektiği halde, bilgisayar suçları bakımından durumun farklı olduğunu ileri sürmüştür. (Kişiler ve Mala Karşı Cürümler, 14. Bası, sh. 506)

Öğretide benimsenen görüşler ışığında; somut olayımızda olduğu gibi başkasına ait kredi kartı ile sahibinin rızası hilafına para çekilmesinden ibaret eylemin aynı zamanda mal varlığına karşı işlenen suçların özel bir şekli olduğu konusunda duraksama bulunmadığını kabul etmek gerekmektedir.

19.12.2006 günlü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 5560 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile 5237 sayılı Yasa'nın 245. maddesine eklenen y Birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanunun mal varlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır' hükmüne yer verilmesi suretiyle bir anlamda 5237 sayılı Kanun'da da kredi kartının kötüye kul/anılması suçunun mal varlığına karşı işlenen suçlarla irtibatı açık bir şekilde vurgulanmak istenmiştir.

Kaldı ki, 765 sayılı TCK'nın 79. maddesi ile buna karşılık olarak düzenlenen 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi arasında da fark bulunmaktadır. 765 sayılı TCK'nın 79. maddesinde işlenen bir fiille kanunun farklı hükümlerinin ihlalinin söz edilmekteydi. Prof. Dr. İzzet Özgenç (Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, sh. 568) tarafından bu ifade tarzının doğru olmadığı ifade edilmiştir. Çünkü, işlenen fiil kanundaki tanıma uygun olduğu takdirde suç oluşturmaktadır. Suç oluşturan fiil, ceza kanununa aykırı veya ceza kanununu ihlal eden fiil değildir; aksine davranış normlarına ve dolayısıyla kişinin yükümlülüklerine aykırı bir fiildir. Bu bakımdan, yeni TCK'nın farklı neviden fikri içtimain düzenlendiği 44. maddesinin ifadesi, 765 sayılı Kanun'unki ile aynı değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi, farklı neviden fikri içtima halinde, bir fiil ile kanunda tanımlanan birden fazla farklı suç işlenmektedir. Bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir. Farklı neviden fikri içtima halinde, bir fiille işlediği birden fazla farklı suçların her birinden dolayı failin ayrı ayrı cezalandırılması yoluna gidilmemektedir. Kanun koyucu faile bu suçların en ağırının cezasının verilmesi ilkesini benimsemiştir. Böylece^Aerime'sistemine taraftar olunmuştur.

2. Sorun: 5237 sayılı TCK'nın 245. maddesinin üçüncü fıkrasında sahte oluşturulan ya da üzerinde sahtecilik yapılan kredi kartının kullanılarak haksız kazanç elde edilmesi durumunda; eylemin daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suçu oluşturmadığı takdirde, anılan maddenin üçüncü fıkrasının uygulanacağı belirtilirken; bu eyleme göre daha hafif bir cezayı içeren her ne suretle olursa olsun ele geçirilen kredi kartının kullanılması durumunda birden fazla suçun oluşup oluşamayacağı sorusuna, ceza hukukunun, en temel değerlerinden birisi olarak benimsenen kanunilik ve hakkaniyet ilkesi sınırları içerisinde cevap aranması gerekmektedir.

Kanun koyucu adaletin gerçekleştirilmesi için hakkaniyet ilkesini kabul etmiştir. (5237 sayılı TCK'nın 3, MK'nın 4, BK'nın 44)

Adalet de hakkaniyet de ahlaka yöneliktir, ancak ikisi arasındaki düşünce farklıdır. Adalet hukuk kurallarına egemen en yüksek ahlaki düşünceyi ifade ederken, hakkaniyet somut olayın özelliklerini gözönünde tutarak adalete ulaşmak için başvurulacak yollardan biridir (somut olay adaleti).

Hakkaniyet adil olmayan kuralın değil, adil olmayan sonuçların değiştirilmesi amacıyla hizmet eder.

Tamamen sahte oluşturulan ya da üzerinde sahtecilik yapılan bir kredi kartının kullanılması durumunda anılan fıkranın uygulanabilmesi için daha ağır cezayı gerektiren başka bir suçun oluşup oluşmadığı dikkate alınırken, kredi kartını bir şekilde ele aecirdikten sonra bunu kullanarak haksız çıkar sağlayan şahıs açısından iki farklı suçun oluşacağının kabul edilmesi halinde adalete aykırı sonuçlara varılması kaçınılmaz bir gerçektir.

Burada çözülmesi gereken başlıca sorun, her ne suretle olursa olsun ele geçirme sözcüğünden ne anlaşılması gerektiğine ilişkindir. Olayların özelliği dikkate alınmadan soyut olarak kullanılan bir tercih hatalı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. O zaman somut bir olayla karşılaşan hakim eylemin işlenmesinden sonraki davranışlar ile savunmayı birlikte değerlendirerek fikri içtimain gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verecektir. 5237 sayılı TCK'nın 245. maddesinin birinci fıkrasında eylemin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı ibaresine yer verilmemiş olması, suçların içtimainin geçersiz olacağı anlamına da gelmez. Zira suçların içtimainin geçersiz olacağı amaçlanmış olsaydı bunun maddede de istisnai bir hüküm olarak belirtilmesi gerekirdi. Böyle bir istisnai hüküm getirilmeden; suçların içtimainin kabul edilmemesinin, 'Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz' kuralına da aykırı olacağı açıktır.

5237 sayılı TCK'nın 2. maddesinde: Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

'Kanunsuz suç ve ceza olmaz' kuralı Türk Ceza Hukukunda, Devlet ve Yargı karşısında bireylerin "Kamu Haklarının güvencesidir.

Doktrinde değerini koruyan bu kural, Anayasamızın (md. 38) ilkeleri arasına girmiş ve 5237 sayılı TCK'nın

2. maddesinde de açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu hükmün 2. maddede yer alması bile, kurala verilen önemi gösterir.

Kanunsuz ceza olamayacağından, suçun cezasının belirlenmiş olması suçluların cezalandırılmasında şarttır.

Bir fiili suç saymak ve cezalandırmak yetkisinin yalnız kanuna tanınması, bireylere özgürlüklerinin sınırı hakkında bilgi verir. Nelerin ne kadar yasak olduğunu bilmeye bireyin hakkı vardır. Bu hakkını kullanan birey yasak olanı yapmaktan çekinmek, yasak olmayanı yaparken de korkusuz hareket etmek imkanını kazanır. Kanun kuralına gerçek anlamını kanunun iradesi verir.

Kanunun iradesi kanun koyucunun sübjektif iradesi değildir. Yazılı formül içinde ifade edilmiş objektif irade, kanunun iradesini oluşturur. Kanunun İradesini gösteren formül zorunlu olarak genel ve soyut olacağından, kuralın önce içeriğini ve anlamını belirtmeden, iradenin somut olaylara uygulanmasına imkan yoktur. Pozitif hukuk, yorum faaliyetlerinin sınırını oluşturur.

Suçların içtimainin uygulanamayacağı yönündeki istisnai hükmün madde metninde yer almadığı halde sanık aleyhine hüküm doğuracak şekilde hırsızlık ve kredi kartının kötüye kullanılması suçlarının ayrı ayrı oluşacağını kabul etmek, kanun koyucunun iradesine de açıkça aykırılık teşkil eder. Zira kanun koyucu, 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesinde iradesini açıkça ortaya koymuştur. Özellikle sanık aleyhine getirilen hükümlerin hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde kanunda açıkça belirtilmesi gerekir. Bu kural Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesi ile hüküm altına alınan ve Anayasa hükümleri arasında da yer bulan suçların kanuniliği prensibinin bir sonucudur.

3. Sorun: 765 sayılı TCK'nın 525/b maddesinin ikinci fıkrasında; bilgileri otomatik sisteme tabi tutmuş bir sistemin kullanılarak hukuka aykırı yarar sağlayan kimse cezalandırılırken, 5237 sayılı TCK'nın 245/1. maddesinde her ne suretle olursa olsun ele geçirilen kredi kartının sahibinin rızası hilafına kullanılarak yarar sağlanması müeyyide altına alınmıştır. Her iki maddenin içeriğine bakıldığında; 765 sayılı TCK'nın 525/b maddesinin ikinci fıkrasının şekli suça daha yakın olduğu açıkça görülmektedir. Ancak aşağıda ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere benzer olaylardaki yerleşik uygulamalara bakıldığında; her iki maddede düzen/enen suçun şekli suç olmadığı açıkça görülecektir.

Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulu'nun 11.04.2000 gün ve 6/62-72 sayılı kararı ile aynı doğrultuda olduğu belirtilen 10.04.2001 tarih, 6/30-57 sayılı kararında; Y... K... Bankası'nın Ç... Şubesindeki ATM'nin kart konulan bölümüne önceden kağıt yerleştiren sanığın, işlem yapmak isteyen şikayetçinin kartının sıkışmasını sağlayıp, böylelikle sistemle iletişimi ve işleme geçilmesini engelledikten sonra, yardımcı olmak bahanesiyle Kredi Kartları Merkezini arıyor izlenimini verip önceden anlaştığı arkadaşını cep telefonu ile arayarak şikayetçi ile görüşmesini sağladığı sırada; kartını geri alabilmek ya da iptal ettirebilmek umuduyla görüşen şikayetçiye banka görevlisi gibi davranan arkadaşının yaptırdığı şifre kodlaması ile şikayetçinin şifresini öğrenip, onun ayrılmasından sonra da kredi kartını sıkıştığı yuvadan çıkartıp, iki ayrı ATM'den farklı tarihlerde toplam 600.000.000 lira çeken sanığın hukuka aykırı yarar sağlaması eylemi TCK'nın 493/2. madde ve fıkrasındaki suçu değil, aynı Kan un'un 525/b-2. madde ve fıkrasında düzenlenen bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlamak suçunu oluşturacağına karar vermiştir...

Yukarıdaki açıklamalar ve öğreti ile uygulamada benimsenen görüşler ışığında somut olayımıza baktığımızda;

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere yerleşik uygulamalara konu edilen eylemlerde; çok daha organize bir hile ile kredi kartının haksız bir şekilde ele geçirilmesinden sonra çok daha uzun zaman aralığı içerisinde üstelik farklı tarihlerde iki ayrı banka şubesindeki ATM'lerden para çekilmesi olayında dahi Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulu tarafından, sadece 765 sayılı TCK'nın 525/b-2. maddesindeki suçun oluşacağına karar verilirken: Yargıtay

On birinci Ceza Dairesi tarafından benzer eylemlerden dolayı 765 sayılı TCK'nın 504/3. maddesinde yazılı bulunan suçun oluşacağına karar verilmiştir. Örnek olarak gösterilen eylemlerin hiçbirisinde dolandırıcılık suçunun olmazsa olmazını teşkil eden malikin kartın teslimi konusunda fesada uğratılmış olsa dahi rızasının elde edilmemiş olması ve hile ile elde edilen şifrenin kredi kartı olmaksızın hiçbir işe yaramayacağının açıkça anlaşılması karşısında; Yargıtay On birinci Ceza Dairesi'nin, eylemin 765 sayılı TCK'nın 504/3. maddesindeki suçu oluşturacağı yönündeki görüşüne iştirak edilmediği gibi bu şekilde bir nitelendirmenin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararlarına da aykırı olacağı da açıktır. Yargıtay On birinci Ceza Dairesinin kararlarında vurgulanan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.12.2004 gün ve 2004/173-228 sayılı kararında özet olarak çek karnelerinin bankaya ait bir değer olması nedeniyle çek karnelerinin kullanılması suretiyle işlenen dolandırıcılık suçlarında bankaların vasıta olarak kullanıldığı kabul edilmekle birlikte itiraza konu uyumsuzluğu ilgilendirecek şekilde eylemin nitelendirilmesi konusunda benzer bir tespiti yer verilmemiştir.

Açıklanan eylemlerde görüldüğü üzere 765 sayılı Kanun'a göre eylemin nitelendirilmesi konusunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile Yargıtay On birinci Ceza Dairesi'nin görüşleri arasında fark bulunmasına karşın; eylemin kül halinde tek bir suçu oluşturduğu konusunda herhangi bir fark bulunmamaktadır. Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra bu konuyla ilgili doğrudan bir içtihadına rastlanılamamasına karşın Yargıtay On birinci Ceza Dairesi tarafından açıklanan bütün içtihatlarda itiraza konu uyumsuzluğun benzeri olan eylemlerin 5237 sayılı TCK'nın 245/1. maddesindeki suçu oluşturacağı kabul edilirken, bu suçun yanında dolandırıcılık ya da hırsızlık suçunun da ayrıca oluşacağına dair herhangi bir ibareye yer verilmemiştir.

Yargıtay On birinci Ceza Dairesinin itiraza konu uyumsuzlukla ilgili görüşüne iştirak edilmemekle birlikte bir an için somut olayda her iki eylemi hırsızlık ve kredi kartının kötüye kullanılması olarak nitelendiren yerel mahkeme kararının doğru olduğu kabul edilse dahi, bir taraftan yukarıda açıklanan örnek olayları dolandırıcılık olarak nitelendirirken, diğer taraftan somut olayımızda örnek olaylarda anlatılan eylemlerin benzeri olan eylemi hırsızlık olarak nitelendiren Yargıtay On birinci Ceza Dairesi'nin içtihatları arasında çelişki doğacağı gibi, ayrıca yine iştirak edilmemekle birlikte yerel mahkemenin görüşü doğrultusunda sadece müştekilere ait kredi kartlarının hırsızlık suçuna, çekilen paraların ise kredi kartının kötüye kullanılması

suçlarına konu edilmesi gerekirken, bir taraftan kartların çalınması ile hırsızlık suçunun tamamlandığı kabul edilirken, diğer taraftan çekilen paraların da hem hırsızlık suçuna hem de kredi kartının kötüye kullanılması suçuna konu edilerek aynı eylemin iki kez cezalandırılması suretiyle bir anlamda mükerrer mahkumiyete de neden olunmuştur. Zira kredi kartlarının çalınması suretiyle hırsızlık suçunun tamamlandığını kabul eden mahkeme tarafından, kredi kartlarının elde edilmesi için sahipleri tarafından yapılan masraflar hesaplanarak 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağının da tartışılması gerekmektedir. Bankaların zaman zaman müşteri kazanma uğruna kredi kartlarını hiçbir masraf almadan bazı müşterilerine verme eğilimleri de bilinen bir gerçek olduğundan iki ayrı suçun oluşacağının kabul edilmesi halinde hırsızlık suçundan dolayı TCK'nın 145. maddesinin uygulanma olanağı bulunmaktadır" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire bozma kararının kaldırılması isteminde bulunmuştur.

Dosya, Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulu'nca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

Sanığın hırsızlık ve banka kartını kötüye kullanma suçlarından cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca çözümlenmesi gereken uyumsuzluklar;

3- Bankamatikten para çekmek için gelen kişilerin banka kartlarını, kurulan bir düzenekle ele geçirerek bu kişilerin hesaplarından para çekme şeklinde gerçekleşen bir eylemde; banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun yanında hırsızlık suçunun da oluşup oluşamayacağının belirlenmesi,

2- banka kartlarının kötüye kullanılması suçunun yanında hırsızlık suçunun da oluştuğuna karar verilmesi halinde ise, sanık hakkında TCY'nin 145. maddesinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı ile ilgili araştırma yapılmasının gerekip gerekmediği, noktalarında toplanmaktadır.

Sanık Cumayı'nın, bankamatiklere gelenlerin banka kartını ele geçirebilmek için bir düzenek kurduğu, düzenek nedeniyle işlem yapamayan ve kartları ATM (asynchronous transfer mode) cihazına takılan mağdurların yanına giderek şifrelerini yeniden girmelerini istemek suretiyle şifrelerini öğrendiği, banka kartı bankamatik cihazına sıkışan mağdurların uzaklaşması üzerine kartı tornavida ile çıkarttığı, ele geçirdiği banka kartı ile başka bir bankamatik cihazından mağdurların hesabından para çektiği, bu bağlamda; 07.10.2008 tarihinde E... 1. Etap Ö... İş Merkezi yanında bulunan ATM'de mağdur Bektaş'ın banka kartını bu şekilde ele geçirerek başka bir ATM cihazından 100 Lira çektiği, yine 01.11.2008 tarihinde E... 2. Etap K... İş Merkezi önünde bulunan ATM'den mağdur Ahmet'in kartını aynı yöntemle ele geçirdiği, kendisinden şüphelenip takip eden mağdurun sanığın başka bir ATM'den para çektiğini görünce polise haber verdiği, sanığın bir süre sonra üzerinde mağdura ait hesaptan çektiği 600 Lira ile yakalandığı, yapılan yargılama sonucunda yerel mahkemece sanığın mağdur Bektaş'a yönelik hırsızlık suçundan 5237 sayılı TCY'nin 141/1, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 1

yıl hapis, banka kartının kötüye kullanılması suçundan 5237 sayılı TCY'nin 245/1, 168/2, 52, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 2 yıl hapis ve 12.000 Lira adli para cezası, mağdur Ahmet'e yönelik hırsızlık suçundan ise, 5237 sayılı TCY'nin 141/1, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 1 yıl hapis, banka kartının kötüye kullanılması suçundan ise, 5237 sayılı TCY'nin 245/1, 168/1, 52, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 1 yıl 4 ay hapis ve 8.000 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, sanık müdafilerinin temyizi üzerine dosyayı inceleyen Özel Daire'ce hükmün onanmasına karar verildiği, Yargıtay C.Başsavcılığı'nın ise "sanığın her bir müştekiye yönelik eylemden dolayı banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçunun yanında hırsızlık suçunun oluşmayacağı, oluştuğunun kabulü halinde ise bu suç yönünden 5237 sayılı TCY'nin 145. maddesinin uygulanması gerektiği" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurduğu anlaşılmaktadır.

1- Öncelikle birinci uyuşmazlık konusunun ele alınıp değerlendirilmesi gerekmektedir:

Banka kartı; 01.03.2006 gün ve 26095 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5464 sayılı Banka ve Kredi Kartları Yasası'nın 3. maddesinde, "mevduat hesabı veya özel cari hesapların kullanımı dahil bankacılık hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan kart" olarak tanımlanmıştır. Banka kartında mülkiyet bankaya, kullanım hakkı ise kart hamiline ait olmaktadır. Anılan yasada kart hamilinin; banka kartı veya kredi kartı hizmetlerinden yararlanan gerçek ya da tüzel kişi olduğu belirtilmektedir.

765 sayılı TCY'de karşılığı bulunmayan "Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması" suçu 5237 sayılı TCY'nin 245. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında; "Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır" denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de; "Madde, banka veya kredi kartlarının hukuka aykırı olarak kullanılması suretiyle bankaların veya kredi sahiplerinin zarara sokulmasını, bu yolla çıkar sağlanmasını önlemek ve failleri cezalandırmak amacıyla kaleme alınmıştır" denilmek suretiyle bu suçun yasaya konulmasının amacı (ratio legis) açıklanmıştır.

Yasa maddesindeki düzenleme karşısında;

a- Başkasına ait banka veya kredi kartının her ne suretle olursa olsun ele geçirilmesi veya elde bulundurulması,

b- Kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın kartın kullanılması veya kullandırılması,

c- Kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması,

Koşullarının birlikte gerçekleşmesi halinde TCY'nin 245/1. maddesinde yazılı olan suç oluşabilecektir.

TCY'nin 245/1. maddesinde yer alan "her ne suret/e olursa olsun" ifadesi ile banka veya kredi kartının yasalarda suç oluşturmeyen eylemlerle ele geçirilmesi kastedilmektedir. Bu düzenleme ile yasa koyucu, banka ya da kredi kartının failin eline hukuka uygun yollardan geçmesi halinde doğabilecek duraksamaları gidermek istemiş ve bu ele geçirme hukuka uygun olsa bile banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılmasını yaptırma bağlamıştır. (Fahri Gökçen TANER, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç mudur?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007, Cilt 56, Sayı 2, s. 80)

Konumuzla ilgisi bulunan bir diğer suç olan hırsızlık ise, 765 sayılı TCY'nin 491 /ilk maddesinde; "diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden alma",

5237 sayılı TCY'nin 141/1. maddesinde; "Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alma" olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü gibi her iki yasada da benzer şekilde tanımlanan hırsızlık suçu; başkasına ait taşınabilir bir malı sahibinin (zilyed) rızası olmaksızın faydalanmak kastı ile bulunduğu yerden almaktır.

5237 sayılı TCY'nin hazırlanmasında esas alınan asıl kural gerçek içtima olup "kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza" söz konusu olacaktır. Nitekim Adalet Komisyonu raporunda bu husus; "Ceza hukukunun temel kurallarından birisi, kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır" şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimai bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Böylece verilen her bir ceza, bağımsızlığını koruyacaktır" şeklinde ifade edilmiştir (TBMM Adalet Komisyonu'nun 03.08.2004 gün ve 1/593-60 sayılı Raporu). Bu kuralın istisnaları ise, 5237 sayılı TCY'nin "suçların içtimai" bölümünde, 42 (bileşik suç), 43 (zincirleme suç) ve 44. (fikri içtima) maddelerinde düzenlenmiştir.

Gerçek içtima kuralının istisnalarından birisi olan ve uyuşmazlık konusuyla yakından ilgisi bulunan bileşik suç, Yasa'nın 42. maddesinde; "Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir" şeklinde tanımlanmış ve bununla da yetinilmeyerek; "bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz" hükmü getirilmiştir. Ceza Genel Kurulu'nun 13.02.1984 gün ve 322-64 sayılı kararında; "...eriyen ve eriten başka ifade ile kaynaşan suçlardan biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı sebebinin teşkil ettiğinin yasada açıkça gösterilmesi şarttır ve bu şart suç ve cezaların kanuniliğinin gereğidir" denilerek bileşik suçta unsur ya da ağırlaştırıcı nedeni oluşturan suçun, bileşik suç olarak düzenlenen bağımsız suçun içinde mutlaka ve ayrıca gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

5237 sayılı Yasa'nın 245/1. maddesinde düzenlenen banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun yasadaki düzenleniş şekli göz önüne alındığında bileşik suç olarak düzenlenmediği görülmektedir. Banka veya

kredi kartının kötüye kullanılması suçu ile birlikte oluşabilecek diğer suçlara yasada öngörülen ceza miktarları da, bu suçun bileşik suç olarak düzenlenmediğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle, banka veya kredi kartının hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi durumunda oluşabilecek hırsızlık, yağma, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık gibi suçlar ile banka veya kredi kartlarını kötüye kullanma suçu arasında gerçek içtima kuralı uygulanarak fail her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır. (Veli Özer Özbek, Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu, Bilişim Hukuku Konferansı, Yargıtay Başkanlığı, 2008, s. 108; Fahri Gökçen TANER, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç mudur?" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007, Cilt 56, Sayı 2, s. 80)

Bu açıklamalar ışığında birinci uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

5237 sayılı TCY'nin 245/1. maddesindeki banka veya kredi kartlarını kötüye kullanma suçu bileşik suç olarak düzenlenmemiş olup, yasa maddesinde geçen "her ne surette olursa olsun" ifadesi banka veya kredi kartlarının sadece hukuka uygun yollardan ele geçirilmesini kapsamaktadır. Bunun sonucu olarak; sanığın kurduğu düzenek ile ATM makinesine para çekmek için gelen mağdurların şifresini de öğrenmek suretiyle ele geçirdiği, ekonomik değeri bulunduğu kuşku bulunmayan menkul mal niteliğindeki banka kartı ile başka bir ATM cihazına gidip para çekmesi şeklinde gerçekleştirdiği eylemlerinde, banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu yanında hırsızlık suçu da oluşmaktadır.

Bu itibarla, sanığın eylemlerinin ayrıca hırsızlık suçunu oluşturmayacağına ilişkin Yargıtay C.Başsavcılığı itirazında isabet bulunmamaktadır.

2- Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun yanında hırsızlık suçunun da oluştuğuna oybirliği ile karar verildikten sonra, sanık hakkında 5237 sayılı TCY'nin 145. maddesinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının araştırılmasının gerekip gerekmediği hususuna gelince:

Konu daha önce de Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelmiş ve 15.12.2009 gün ve 242-291 ile 13.11.2007 gün ve 210- 234 sayılı kararlarda çözüme kavuşturulmuştur.

5237 sayılı TCY'nin 145. maddesinde; "(1) Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir" hükmü yer almakta iken, anılan hüküm suç tarihinden önce 29.06.2005 gün ve 5377 sayılı Yasa'nın 16. maddesi ile; "(1) Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir" şeklinde değiştirilmiş, madde ile hırsızlık suçlarına, "konu edilen değer" in azlığı nedeniyle yargıca, cezada indirim yapma veya ceza vermeme yönünde, geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

Anılan maddenin gerek ilk şekli, gerekse değiştirilmiş biçimi; ortak tanımlama ile, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan değerın az olmasını temel almaktadır. Değer azlığı ile yasa koyucu tarafından neyin kastedildiğı, duraksamaları önleyecek biçimde açıklığa kavuşturulmamış, rakamsal bir sınırlandırma getirilmemiş, ancak yargıca, yargılama konusu maddi olayla ilgili olarak takdir ve değerlendirme yetkisi tanınmıştır. Ne var ki, yasa koyucu, yargıcın takdirini, soyut ve farklı bir disiplinle sınırlandırmıştır. O da; "az olarak kabul edilecek değerin" yargıcın takdirinde, ceza vermekten vazgeçmesini gerektirecek ehemmiyetsiz ölçüde olması, başka bir ifade ile değere dayalı ihlalin ceza verilmemeyi nesafeten haklı saydıracak alt düzeyde bulunmasıdır. Yargıç, çalınan veya çalınmaya kalkışılan bu değerin azlığını ya indirimli bir cezayla ya da suçun istenmesindeki özellikler itibarıyla ceza vermemekle değerlendirebilecektir.

Maddenin ilk metninden sonraki değişiklikte; "suçun işleniş şekil ve özellikleri göz önünde bulundurularak" ibaresinin, "cezada indirim" seçeneğinden sonra ve "ceza vermekten vazgeçilebilir" seçeneğinden önce yazılmasının, suça konu malın değerini farklılaştırmayacağı açıktır. Bu nedenle; "az ceza verme" seçeneğinde daha yüksek değerin aranacağı, "ceza vermekten vazgeçme" halinde ise daha az bir değerin aranmasının gerekli olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır.

Bu itibarla, 5237 sayılı Yasa'nın 145. maddesinin uygulanmasında, 765 sayılı TCY'nin 522. maddesinde öngörülen "hafif" ya da "pek hafif" kavramlarıyla irtibatlı bir yoruma gidilmemeli, Yargıtay'dan, anılan maddenin uygulanması sürecindeki içtihatlarına paralel şekilde, yıllık değer ölçülerini belirlemesi beklenmemelidir. 5237 sayılı Yasa'nın 145. maddesinin konuluş amacı gözetilmeli, anılan hükmün 765 sayılı TCY'nin 522. maddesinden farklı olduğu kabul edilmelidir.

Yargıç, bu değerlendirmenin yanı sıra her somut olayda, suçun işleniş şekli, mağdur veya sanığın konumu, olayın gerçekleştiğı yer ve zamanı dikkate alacak, 5237 sayılı TCY'nin 3. maddesinde işaret edildiğı üzere, "işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı" olacak şekilde bir cezaya hükmetmek suretiyle ceza adaletini sağlayacaktır. Görüldüğü gibi madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim veya ceza verilmemesinden ibaret değildir. Olayın özelliğı, mağdurun konumu, failin kişiliğı ve suçun işleniş şekli her olayda

değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetilerek, maddenin uygulanıp uygulanmaması ve özellikle ceza verilmeme haliyle ilgili seçeneğın, eylemin failine uygun düşüp düşmeyeceğı belirlenecek ve takdirin gerekçesi de kararda gösterilecektir.

Ancak burada 5237 sayılı TCY'nin 147. maddesinde düzenlenmiş bulunan "ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için hırsızlık suçunun işlenmesi" hali ile 145. maddede öngörülen "değer azlığı" kavramı karıştırılmamalıdır. 145. maddede öngörülen değer azlığı ile zorunluluk halini düzenleyen 147.

maddenin uygulanma koşulları birbirinden farklı olup, 147. maddenin ayrımcı ölçütü hırsızlığın ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için yapılmasıdır.

Buna karşılık 145. maddenin uygulanmasındaki en önemli kriter kuşkusuz değer ölçüsüdür ve bu değer "ceza vermeme" halini de haklı saydıracak düzeyde az olmasıdır.

Bu açıklamalar ışığında ikinci uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak somut olay değerlendirildiğinde;

Sanığın ATM makinesine para çekmek veya işlem yapmak için gelen kişilerin banka kartını ele geçirebilmek için bir düzenek kurduğu, bankamatiğe taktığı bu düzenek nedeniyle işlem yapamayan ve kartları bankamatiğe sıkışan kişilerin yanına yardım etme görünümünü altında yaklaştığı, şifrelerini öğrenebilmek amacıyla şifrelerini yeniden girmelerini istediği, böylece şifrelerini öğrendiği, sanığın kurduğu düzenek nedeniyle banka kartı ATM cihazına sıkışan mağdurların telefon etmek için uzaklaşması üzerine banka kartını tornavida ile çıkarttığı, ele geçirdiği banka kartı ile başka bir bankamatikten mağdurların hesabından para çektiği anlaşılmakta olup, bu şekilde gelişen olayda, suçun işleniş şekli itibarıyla 5237 sayılı TCY'nin 145. maddesinin uygulanma koşullarının bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu itibarla sanık hakkında hırsızlık suçundan hüküm kurarken 5237 sayılı TCY'nin 145. maddesini uygulamayan yerel mahkemenin takdirinde ve Özel Daire kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Sanığın eylemlerinin banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçunun yanında hırsızlık suçunu da oluşturduğu yönünde oy kullanan üç Kurul Üyesi; * sanık tarafından olay tarihinde hırsızlık yoluyla ele geçirilen banka kartlarının tekrar elde edilmesi için sahipleri tarafından yapılan masraflar hesaplanmalıdır Ayrıca bankaların zaman zaman müşteri kazanabilmek için hiçbir masraf almadan banka kartlarını müşterilerine verme eğilimleri olduğundan bu hususlar hırsızlık suçundan dolayı 5237 sayılı TCY'nin 145. maddesinin uygulanma koşullarının değerlendirilmesi amacıyla araştırılmalıdır. Bu nedenle de eksik araştırmaya dayanan yerel mahkeme hükmünün bozulması gerekir" düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının **REDDİNE**,

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığı'na TEVDİİNE, 30.03.2010 günü yapılan müzakerede birinci uyuşmazlık nedeni yönünden oybirliği, ikinci uyuşmazlık konusunda ise oyçokluğu ile karar verildi.

TEKERRÜR HÜKÜMLERİ • ADLİ PARA CEZASI

ÖZET: Önceki hükümlülüğü kesin adli para cezası olan hükümlü hakkında tekerrür hükümleri uygulanamaz.

Y.CGK. E: 2010/2-6 K: 2010/73 T: 06.04.2010

Hükümlü Serkan'ın, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan 5237 sayılı TCY'nin 179/3 yollamasıyla 179/2 ve 62. maddeleri uyarınca 1 ay 20 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına, hükmedilen cezanın aynı Yasa'nın 58/6. maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektilmesina, 58/6-son madde uyarınca cezanın infazından sonra 1 yıl süre ile denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına, denetimli serbestlik süresi boyunca uzman bir rehberin görevlendirilmesine ve uzman rehberin sanığın sosyal uyumu ve sorumluluk bilincinin gelişimi hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek mahkemeye ibrazına ilişkin, (Samsun Üçüncü Sulh Ceza Mahkemesi)'nce verilen 20.09.2007 gün ve 331-553 sayılı hüküm, sanık tarafından temyiz edilmekle dosyayı inceleyen Yargıtay İkinci Ceza Dairesi'nce 25.05.2009 gün ve 24074-25017 sayı ile;

"Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirinin ne şekilde uygulanacağı, süresi ve bu hususta karar verecek mercii 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 108. maddesinde düzenlenmiş olup, aynı maddenin 5. fıkrası ile tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde koşullu salıvermeye ilişkin hükümlerin uygulanacağının belirtilmesi karşısında, denetimli serbestlik tedbirinin süresinin infaz aşamasında 5275 sayılı Kanun hükümleri uyarınca belirlenmesinin gerektiği gözetilerek 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinin 7. fıkrası gereğince hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağının belirtilmesiyle yetinilmesi gerekirken, infazı kısıtlar biçimde 5275 sayılı Kanun'un 108/4. maddesi uyarınca sanık hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden; hükmün 1412 sayılı CMUK'usn 321. maddesi gereğince istem gibi bozulmasına, ancak bu aykırılığın aynı Kanun'un 322. maddesine göre düzeltilmesi mümkün bulunduğundan;

"TCK'nın 58/6-son cümlesi gereğince mükerrir sanık hakkında cezasının infazından sonra bir yıl süre ile denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına' ilişkin bölümün hüküm fıkrasından çıkartılmasına ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmesi suretiyle, sair yönleri usul ve yasaya uygun olan hükmün" düzeltilerek onanmasına karar verilmek suretiyle kesinleşmiştir.

Kesinleşen hükmün infazına başlanması ve hükümlünün 09.09.2009 tarihinde cezaevine konulmasının ardından, yerel Cumhuriyet Savcısı tarafından bir karar istenmiş olması nedeniyle, Samsun Üçüncü Sulh Ceza Mahkemesince 11.09.2009 gün ve 331-553 sayı ile verilen karara yapılan itiraz üzerine Samsun Dördüncü Asliye Ceza Mahkemesi'nce 14.09.2009 gün ve 196 değişik iş sayı ile "ilamın tekerrüre ilişkin kısımlarının infazının durdurulmasına" karar verilmiş,

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, 06.01.2010 gün ve 262092 sayı ile; 1412 sayılı CYUY'nin 305. maddesinin bütün fıkraları ile halen yürürlükte olması nedeniyle, kesin nitelikteki hükümlerin tekerrüre esas alınamayacağından bahisle, Özel Daire kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün tekerrüre ilişkin kısmın hükümden çıkartılması suretiyle düzeltilerek onanmasına karar verilmesi istemiyle itiraz yoluna başvurulmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulu'na değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasındaki uyumsuzluk; kesin nitelikte ceza içeren hükümlülüğün, 5237 sayılı TCY'nin 58. maddesinin uygulanmasına esas alınıp alınamayacağına ilişkindir.

İncelenen dosyada;

Hükümlünün 01.08.2006 tarihinde işlediği trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu nedeniyle Samsun İkinci Sulh Ceza Mahkemesi'nin 19.12.2006 gün ve 553-562 sayılı ilamı ile 5237 sayılı TCY'nin 179/2, 62 ve 50/1-a maddeleri tarihinde kesinleştiği, somut olaydaki trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu ise 22.03.2007 tarihinde işlediği anlaşılmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.05.2009 gün ve 2-115 sayılı kararında da belirtildiği üzere:

5320 sayılı Yasa'nın 18/1-a maddesi uyarınca; 5271 sayılı CYY'nin 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesi üzerine, 1412 sayılı CYUY yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak yeni usul yasası sisteminde, yasa yolları içinde istinafa yer verilmesi ve bölge adliye mahkemelerinin henüz göreve başlamaması nedeniyle 5320 sayılı Yasa'nın * Temyiz ve karar düzeltme" başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasında; "Bölge adliye mahkemelerinin, 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca Resmi Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 322. maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ila 326. maddeleri uygulanır" hükmüne yer verilmek suretiyle bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında 1412 sayılı CYUY'nin 305 ila 326. maddelerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nin "Temyizi sKabil Olan ve Olmayan Hükümler" başlıklı 305. maddesi; *Ceza Mahkemelerinden verilen hükümler temyiz olunabilir. Ancak, on beş sene ve ondan yukarı hürriyeti bağlayıcı cezalara ait hükümleri hiçbir harç ve masrafa tabi olmaksızın Yargıtay'ca re'sen tetkik olunur.

1- İki milyar liraya kadar (İki milyar dahil) para cezalarına dair olan hükümler,

2- Yukarı sınırı on milyar lirayı geçmeyen para cezasını gerektiren Suçlardan dolayı verilen beraat hükümleri,

3-Bu Kanun ile sair kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler, temyiz olunamaz. Bu suretle verilen hükümler tekerrüre esas olmaz, Ancak haklarında 343, madde hükümleri dairesinde Yargıtay'a başvurulabilir" hükmünü içermekte olup, maddenin 2. fıkrasında sayılan ve kesin olduğu belirtilen hükümlerin tekerrüre esas olmayacağı, maddenin son fıkrasında açıkça belirtilmiştir.

Diğer yönden, Ceza Genel Kurulu'nun duraksamasız kararlarında da açıkça vurgulandığı üzere; 5237 sayılı TCY'nin 50. maddesinde, 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesindeki düzenlemeye benzer şekilde "Uygulamada asıl mahkumiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir" hükmüne yer verilmesine karşın, "Bu hükmün jygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez" hükmüne yer verilmemesi nedeniyle, gerek 5237 sayılı Yasa'nın 50. maddesi uyarınca kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenек olarak hükmedilen, gerekse 52. nadde uyarınca doğrudan hükmedilen 2 milyar lirayı (2000 lira) aşmayan adli para cezalarına ilişkin hükümler kesin niteliktedir.

Somut olaydaki uyuşmazlık konusu bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde:

Hükümlünün yerel mahkeme tarafından tekerrüre esas alınan önceki mahkumiyeti 1412 sayılı CYUY'nin 305. naddesinin 2. fıkrası uyarınca kesin nitelikte olup, temyiz yeteneği bulunmamaktadır.

Tekerrürü eski sistemden farklı olarak, maddi ceza hukuku ile de yakından ilgili bir infaz kurumu şeklinde düzenleyen yasa koyucu tarafından; 5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesinde, CYUY'nin 322. maddesinin 4, 5 ve 6. fıkraları ile ilgili olarak yapıldığı gibi, bir istisna hükmüne yer verilmemiş olması nedeniyle, 1412 sayılı CYUY'nin 305. maddesinin son fıkrasının halen yürürlükte olduğunun kabulü zorunludur.

Bu durumda, yürürlükte olduğunda kuşku bulunmayan 1412 sayılı CYUY'nin 305. maddesinin son fıkrasının, yeni eza sisteminde tekerrür için getirilen düzenlemelerle uygunluk arz etmediği gerekçesiyle, üstelik hükümlü aleyhine onuç doğuracak biçimde yorumlanmasının yasal dayanağı bulunmadığından; somut olayda, önceki hükümlülüğü esin nitelikte olan hükümlü hakkında 5237 sayılı TCY'nin 58. maddesinin uygulanmasına karar verilmesi olanaklı eğildir.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme ükmünün bozulmasına, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmeyeceğinden, hükmün, "tekerrür uygulanmasına ilişkin bölümler çıkarılmak suretiyle" düzeltilerek onanmasına ve dosyanın yerel mahkemeye önderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle;

1-Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE**,

2-Yargıtay İkinci Ceza Dairesi'nin 25.05.2009 gün ve 24074-25017 sayılı kararının **KALDIRILMASINA**

3-Samsun Üçüncü Sulh Ceza Mahkempci'nin 20.09.2007 gün ve 331-553 sayılı hükmünün **BOZULMASINA** ancak

Bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, hükmün **5320** sayılı Yasa'nın **8.** maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan **1412** sayılı CYUY'nin **322.** maddesindeki yetkiye istinaden "tekerrür uygulanmasına ilişkin bölümler çıkartılmak suretiyle" **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**,

6-Dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına **TEVDİİNE**, 06.04.2010 günü yapılan müzakered oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY KARARI

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARI

İLETİŞİMİN DİNLENMESİ • YETKİ KONUSU

ÖZET: Ceza Muhakemesi Yasası'nın 135 ila 140. maddelerinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme konularında Adalet Bakanlığı'nın düzenleme yetkisi olmadığından, Yönetmeliğin dava konusu hükümlerinde bu nedenle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

E: 2010/2072 K: 2010/1467 T: 04.11.2010

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): İstanbul Barosu Başkanlığı İstiklal Cad. Orhan Adli

Apaydın Sk. Baro Han. K:2 Beyoğlu/İSTANBUL

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Adalet Bakanlığı – ANKARA

İstemin Özeti: Danıştay Onuncu Dairesinin 22.2.2010 günlü, E:2007/2795, K:2010/1399 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması taraflar tarafından karşılıklı olarak istenilmektedir.

Davalı İdarenin Savunmasının Özeti: Davacının temyiz isteminin reddi ile Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın lehlerine olan kısmını usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bu kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Davacının Savunmasının Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Düşüncesi: Ceza Muhakemesi Yasası'nda ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Yasası'nın ek 7. maddesinde iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme önlemlerinin uygulanmasına ilişkin olarak davalı idareye tek başına düzenleme yetkisi veren bir kural olmadığından, davalı idarenin temyiz isteminin belirtilen gerekçeyle reddi, davacının temyiz isteminin kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı'nın Düşüncesi: Danıştay dava dairelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, dosyanın tekemmül ettiği anlaşıldığından tarafların yürütmenin durdurulması istemleri görüşülmeyle dosya incelendi, gereği görüldü:

Dava; 14.2.2007 günlü, 26434 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelimin;

—İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi talebi ve kararı" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasının,

—Tedbirin kapsamı" başlıklı 7. maddesinin 4. fıkrasının, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde belirtilen yasal şartlar varsa, suç işleme şüphesi altındaki tanıklıktan çekinme hakkı olan şahıslar hakkında da hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla bu tedbire başvurulabilir." biçimindeki son tümcesinin,

- 7. maddesinin, "Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla suç şüphelisi olmayan müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, Ceza Muhakemesi Kanununun 135. madde hükmü uygulanamaz." biçimindeki 5. fıkrasında yer alan "... suç şüphelisi olmayan ..." ibaresinin,

- "İşlemlerin niteliği" başlıklı 10. maddesinin, açık rızasının olması koşuluyla şikayetçinin iletişiminin tespitine olanak sağlayan 4. fıkrasının,

- "Süre" başlıklı 12. maddesinin, dinleme veya mobil telefonun yerinin tespiti kararlarında sürenin, kararın Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nda sisteme tanıtılmasıyla haşlayacağı yolundaki 4. fıkrasının,

- "Teknik araçlarla izleme sırasında tesadüfen elde edilen deliller" başlıklı 22. maddesinin

- "Gizli soruşturmacının çalışma ilkeleri" başlıklı 28. maddesinin,

- 30. maddesinin başlığında yer alan "Tesadüfen elde edilen deliller ve" ibaresi ile aynı maddenin 2. fıkrasının,

iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onuncu Dairesi'nin 22.2.2010 günlü, E:2007/2795, K:2010/1399 sayılı kararıyla; dava konusu Yönetmeliğin amaç ve kapsamı dikkate alındığında, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin

denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanması yönünde yargı makamlarınca alınan kararları yerine getiren adli kolluk ve bu görevi yapan diğer kolluk birimlerinin görev ve sorumluluklarının, adalet hizmetlerini yürüten Adalet Bakanlığınca, yargı sürecine müdahale sonucunu doğurmayacak biçimde idare hukuku ilke ve kuralları çerçevesinde yönetmelikle düzenlenebileceği sonucuna ulaşılmış; ancak bu konuda çıkarılacak yönetmeliğin 5271 sayılı Kanun ile düzenlenen, ceza yargılamasının nasıl yapılacağına ilişkin kurallar içermeyeceğinin de tabii olduğu belirtilmiş; işin esasına gelince, dava dilekçesinde öne sürülen hususların, Yönetmeliğin dava konusu edilen 5. maddesinin 1. fıkrasının, 10. maddesinin 4. fıkrasının, 22. maddesinin, 28. maddesinin 6. fıkrasının birinci tümcesi ve 30. maddesinin 2. fıkrası yönünden davanın reddine karar verilmiş; buna karşılık, 5271 sayılı Yasa'nın 135. maddesinin 2. fıkrası ile 136. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olarak, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulama alanının genişletildiği gerekçesiyle Yönetmeliğin 7. maddesinin 4. fıkrasının son tümcesinin ve aynı maddenin 5. fıkrasında geçen "... suç şüphelisi olmayan..." ibaresinin; Anayasa ile güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması biçiminde, olağanüstü bir yöntem olan iletişimin denetlenmesinin, 5271 sayılı Yasa'nın 135. maddesi gereğince belli bir süreyle uygulanabilmesine karşın, bu uygulamanın sınırsız olarak ertelenmesine olanak tanınmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle Yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrasının; 5271 sayılı Yasa'nın 139. maddesine aykırı biçimde, gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde yetki karmaşasına neden olduğu gerekçesiyle Yönetmeliğin 28. maddesinin 2. fıkrasının birinci tümcesinin; 5271 sayılı Yasa'nın 138. maddesinin 3. fıkrasına aykırı olduğu gerekçesiyle de Yönetmeliğin 28. maddesinin 3. fıkrasının iptaline karar vermiştir.

Taraflar karşılıklı olarak kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedirler.

Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiş; 138. maddesinde hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları ifade edilmiş ve bu bağımsızlığı sağlayan araçlara yer verilerek, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat verilmesi, genelge gönderilmesi, tavsiye ve telkinde bulunulması, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisi'nde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulması, görüşme yapılması veya herhangi bir beyanda bulunulması yasaklanmıştır.

Yargı bağımsızlığının gerekliliği ve varlığı, güçler ayrılığı ilkesinin yanı sıra Anayasa'nın değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez nitelikteki 2. maddesinde yer alan Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerine dayanmaktadır. Başka bir ifadeyle yargı bağımsızlığı, daha doğrusu yargının bağımsızlığı, Türkiye Cumhuriyeti'nin toplumun huzuru, ulusal dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk ulusçuluğuna bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olmasının doğal ve zorunlu sonucu; kişilerin ve toplumun

refah, huzur ve mutluluğunun, kişi temel hak ve özgürlüklerinin en önemli güvencesini oluşturan hukuk güvenliğini sağlamanın tek aracıdır.

Bu önemi ve vazgeçilemezliği nedeniyle Anayasa, güçler ayrılığını Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olarak nitelendirmiş; bu bağlamda yasama ve özellikle yürütme erki ile yargı arasında, yargının işlevsel etkinliğini artırmak, faaliyetlerini hızlandırmak ve kolaylaştırmak için kimi organik bağlar kurmakla birlikte, fonksiyonel bir etkide bulunulmasına, yani yargı yetkisinin kullanılmasına ve yürütülmesine karışmaya kesinlikle izin vermemiştir. Bu haliyle, yargı erkini oluşturan, yargı yetkisini kullanan hakimlik ve savcılık mesleğinin yürütülmesinin, başka bir ifadeyle yargı yetkisinin kullanılmasının, yani mahkemelerce yapılan faaliyetlerin neler olduğunun belirlenmesinin yürütme erkine bırakılmaması, hatta yürütmenin etki ve gözetiminin dahi bulunmaması hukukun genel ilkelerinin ve üstün kamu yararının mutlak gereğidir.

Bu çerçevede, "Muhakeme" kavramı, yalnızca yargılama usulünü değil, yargı yerinin uyuşmazlığın çözümü için yürüttüğü faaliyetten kaynaklanan hukuki ilişkilerin sujelerinin işlemleri de içermektedir. "Ceza Muhakemesi"nin temel amacı, yargılanan kişinin hukuksal güvenliğinin gereği olarak yargılamanın nasıl yapılacağına gösterilmesinden başka, adil yargılama ilkesinin gereklerinin gözetilerek "maddi gerçeğin" ortaya çıkartılmasıdır. Bu bağlamda yargıcın yargılama faaliyetini yürütmesine ait şekil/yöntem kurallarının yanı sıra, ceza yargılamasının diğer sujelerinin eylemleri, işlemleri, hakları ve yükümlülükleri ile maddi gerçeğin araştırılması ve bulunması için öngörülen araçlar ile bu araçları kullanacaklarda ceza muhakemesine ilişkin düzenlemelerin kapsamındadır. Nitekim, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın 1. maddesinde de, bu Yasa'nın, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini de düzenlediği belirtilmiştir. Dolayısıyla ceza muhakemesini düzenleyen kurallar yalnızca usul kurallarına değil, aynı zamanda maddi içeriğe de sahiptir.

"İdare Hukuku'nda "yetki", idareye Anayasa ve yasalarla tanınmış olan karar alma gücünü ifade etmektedir. Bu yönüyle idari işlemin en temel unsurunu oluşturan "yetki", yasayla hangi makama verilmiş ise ancak onun tarafından kullanılabilir. İdare Hukukunda "yetkisizlik kural, yetkili olma istisnaıdır. Bu istisna ise, yetkinin, yalnızca yasayla gösterilen hallerde ve yine yasayla gösterilen idari merciler tarafından kullanılmasıdır. Bu nedenle "yetki" yasanın açık izni olmadan devredilemez. Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca, kuruluş ve görevleri yasayla düzenlenmek durumunda olan idarenin kendi düzenleme yetkisi de yasalarla sınırlı olduğundan, yetki kuralları genişletici yoruma tabi tutulamaz.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle Ceza Muhakemesi Yasası kapsamında Adalet Bakanlığı'nın düzenleme yetkisinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Yargılama usulü ile ilgili konular yargı yerini ilgilendirdiği için, yargılama usulü yasalarının uygulanmasına ait alt düzeydeki normların konusu ve kapsamının ilgili yasa metninin lafzıyla sınırlı olacağı tabiidir.

Bu nedenle, genel anlamda, mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran yasa konusu olduğunun kabulü gerekmektedir. Yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise, bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının Yasa koyucu tarafından açıkça gösterilmesi zorunludur. Yasa koyucunun düzenleme yapma yetkisi vermediği hususların da idarece düzenlenebileceğinin kabulü, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına gelir ki, bu durumun diğer bir ifadesi "fonksiyon gaspı"dır.

Bu bağlamda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası bir bütün olarak incelendiğinde, anılan Yasanın 64/1., 82., 99., 150/4., 167., 180/5. ve 253/24. maddelerinde yönetmelikle düzenlenecek konular açıkça belirtilmiş; 333. maddesinde de, "(1) Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, aksine hüküm bulunmadıkça, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılır." hükmüne yer verilmiştir.

Değinilen Yasa hükümlerinin birlikte incelenip, değerlendirilmesinden; Yasa koyucunun "idari alan" olarak gördüğü ve yönetmelikle düzenlenmesini öngördüğü konuları konu ya da madde belirtmek suretiyle açıkça gösterdiği, bu konu ve maddeler arasında ise "telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi" ve "gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme" konularına yer vermediği, 333. maddede ise, yönetmelik çıkarma yetkisini, sadece bu Yasa'da öngörülen Yönetmelikler ile sınırladığı sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, Yasa koyucunun, Anayasa'nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkına ilişkin 17., özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin 20., haberleşme hürriyetine ilişkin 22., düşünceyi açıklanma ve yayma hürriyetine ilişkin 26. maddeleri gibi bir çok temel hak ve hürriyetle ilgisi olan iletişimin denetimi kapsamındaki faaliyetlerin özellikle yönetmelikle düzenlenmesini öngörmediği ve bu konuları, Yasa'da ayrıntılı olarak düzenlemeyi tercih ettiği görülmektedir.

Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin Anayasa'nın 124. maddesinden kaynaklanan düzenleme yetkilerinin ise, görev alanları ile ilgili yasalarla sınırlı olması nedeniyle, mahkemeler tarafından uygulanacak olan yargılama usulüne ilişkin yasaların, idarenin görev alanı ile ilgili olduğundan söz etmeye olanak bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Yasası'nın ek 7. maddesinde ise, gerek bu maddede belirtilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime ilişkin işlemlerin, gerek Ceza Muhakemesi Yasası kapsamında yapılacak "dinlemelerin Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yapılması esası benimsenmiş; aynı maddenin son fıkrasında, bu maddenin

uygulanmasına ilişkin esas ve usullerin ise Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş; bu doğrultuda, hazırlanan "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik", 10.11.2005 günlü, 25989 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Anılan Yönetmelikle yapılacak düzenlemenin, Ceza Muhakemesi Yasası çerçevesinden yürütülecek yargılama faaliyeti ilgili olmayıp, anılan Yasanın 135 ila 140. maddelerine göre verilecek kararların kamu kurum ve kuruluşları ile adli kolluk görevlilerince yerine getirilmesine yönelik usul ve esaslarla ilgili olması gerektiğinde de kuşku bulunmamaktadır.

Bu durumda, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 135 ila 140. maddelerinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme konularında Adalet Bakanlığının düzenleme yetkisi olmadığından, Yönetmeliğin dava konusu hükümlerinde bu nedenle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, Danıştay Onuncu Dairesinin 22.2.2010 günlü, E:2007/2795, K:2010/1399 sayılı kararının dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrası, 10. maddesinin 4. fıkrası, 22. maddesi, 28. maddenin 6. fıkrasının birinci tümcesi ve 30. maddesinin 2. fıkrası yönünden davanın reddine ilişkin kısmının BOZULMASINA, davalı idarenin temyiz isteminin ise reddi ile kararın dava konusu Yönetmeliğin iptale ilişkin kısımlarının yukarıda belirtilen gerekçeyle **ONANMASINA**, kullanılmayan 28,15.- TL harcın istemi halinde davacıya iadesin, 4.11.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X- Adalet Bakanlığının, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 135 ila 140. maddelerine dayanılarak yönetmelikle düzenleme yapma yetkisinin bulunduğu anlaşıldığından, işin esasının incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.

UYGULAMADAN DOSYALAR

UYGULAMADAN 1. DOSYA

BİR YEREL MAHKEME KARARI

ANTALYA 1. ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ

E: 2008/425 K: 2009/411 T: 26.10.2009

Mahkememizde görülmekte bulunan alacak davasının yapılan acık yargılamasının sonunda,

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

DAVA: Davacı vekili 04/07/2005 tarihli dava dilekçesinde: müvekkilinin Antalya ili Bıyıklı köyü. 461 parsel no ile tapuda kayıtlı oları tuğla fabrikasının maliki olduğunu, işletmenin gereksinmelerini temin için islanbul'a gittiğini, tekrar Antalya'ya döndüğünde fabrikanın bütün müstemilatının sökölüp, kırılıp götürüldüğünü gördüğünü, müvekkilinin çevrede yaptığı araştırma sonucu fabrikayı davalıların söküp götürdüklerini öğrendiğim, köy muhtarlığı ve ilgili jandarma kolluk kuvvetlerine müracaat ettiğini, davalıların fabrikayı sökmek için vekaletleri bulunduğunu beyan ettiklerini öğrendiğini, müvekkilinin hiçbir zaman kendisine ait olan bir işletmenin sökölmesi için hiçbir nam altında vekalet vermediğini. Antalya 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2005/271 D. İş sayılı dosyası ile tespit yaptırıldığını, tespit dosyasında alınan üç kişilik uzman bilirkişi heyeti raporuna göre, müvekkilinin zararının 169.959.00 YTL. olduğunu, davalıların haksız tecavüzlerinden dolayı müvekkilinin telafisi mümkün olmayan çok büyük zarara uğradığını / ayrıca çalışamadığından dolayıda her geçen gün maddi kaybının devam ettiğini ileri sürerek. 169.959.00 YTL. Nin 2005 yılı mart ayından itibaren faizi ile birlikte davalılardan müstereken ve müteselsilen tahsiline, fazlaya ilişkin haklarının saklı tutulmasına karar verilmesini istemiştir.

CEVAP: Davalı vekili 22.1 1.2005 tarihli cevap dilekçesinde; davada talep edilen hususlar ile müvekkili Canpolat'ın babası diğer davalı Ramazan'ın üçüncü kişi Ersoy'dan satın aldığı hurda derttirler arasında nispetsiz farklılıklar bulunduğunu, davacı tarafından talep edilen fabrika hurdasından Burdur yoluna bakan kısımdaki çatı makaslarının kısmen sökölmüş olarak fabrika sahibi bilinen Menteseoğlu ailesinin vekili Ramazan tarafından dava dışı hurdacılar sitesinde hurdacılık yapan Ersoy'a 30.03.2005 tarihli satış sözleşmesi

uyarınca 1500 YTL. bedelle satılmış olduğunu, Ersoy rahatsızlığı nedeniyle hurdanın müvekkili Canpolat'ın babası Ramazan'a 02.04.2005 tarihli sözleşme ile 2000 YTL.ye satıldığını, söz konusu satış sözleşmelerinin akabinde hurdalar mahallinden alındığı esnada köylülerin müdahale ettiğini. bunun üzerine Jandarma Karakoluna gidilerek inceleme yapıldığını, herhangi bir problem olmadığı ve sökümlün yapılabileceği konusunda jandarma ve köy muhtarlığının izni üzerine yaklaşık 8 ton hurda demirin Ramazan tarafından mahallinden alındığını, müvekkili Canpolat'ın dava ve olayla herhangi bir ilgisi bulunmadığını, bu nedenle Canpolat hakkında açılan davanın husumet yönü ile reddine karar verilmesini istemiştir. Davalılar vekili cevaba cevap dilekçesinde, hurda alım satımının müvekkillerinden Ramazan tarafından gerçekleştirildiğini, Canpolat ve Nuri ile bir ilgisi bulunmadığını, bu yönü ile söz konusu müvekkilleri hakkında taraf sıfatı bulunmadığını bildirmiş ve davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

DELİLLER ve GEREKÇE: Dava, çaplı taşınmazda bulunan bir kısım muhtesatların sökülüp götürülmesinden kaynaklanan maddi tazminat isteğine ilişkindir.

Mahkememizin 10/05/2007 gün 2005/361 Esas 2007/103 Karar sayılı hükmü ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, verilen hükmün davalı Ramazan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 01/07/2008 gün 2007/11574 Esas 2008/9060 Karar sayılı ilamı ile bozulmuştur. Mahkememizce, bozma ilamına uyulmuştur.

Hükmüne uyulan bozma ilamında özetle; hükme esas alınan bilirkişi raporu ile dava tarihi itibarıyla yıkılan bölümlerin ve malzemelerin toplam bedelinin I 18.250.00 YTL olarak. ek bilirkişi raporu ile de sökülen çatının 56 ton hurda malzemesi olacağı ve bedelinin de X.400,00 YTL olduğu, mevcut duruma göre davalı Ramazan'ın fabrikadaki hurdaları satın aldığı ve götürdüğü sonucuna varılmakla Mahkemece hurda bedelinin hüküm allına alınması gerektiğine işaret edilmiştir.

Mahkememizce bozma ilamı doğrultusunda bilirkişi kurulundan ek rapor alınmış; 10/06/2009 tarihli ek raporda özetle, bozma ilamı gereğince hurda malzeme bedelinin önceki ek raporda belirlendiği şekilde 8.400.00 TL olduğu bildirilmiştir.

Toplanan delillere ve hükmüne uyulan bozma ilamına göre; davalı

Ramazan'ın fabrikadaki hurdaları satın aldığı ve götürdüğü sonucuna varıldığından, hurda bedeli olan 8.400,00 TL'nin dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davalı Ramazan'dan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1- Davacının davalı Ramazan hakkındaki davasının KISMEN KABULÜ ile S.400.00 TL hurda bedelinin dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davalı Ramazan'dan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin REDDİNE.

2- Öteki davalılar haklarındaki husumetten redde ilişkin önceki hükmün kesinleştiğinin tespiti ile, anılan davalılar yönünden yeniden hüküm kurulmasına yer olmadığına,

3- Harçlar Yasası uyarınca alınması gereken 453,60 TL karar ve alınan harçtan düşüldükten sonra fazla alınan harçların iadesine.

4- Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince takdir olunan 1008,00 TL vekalet ücretinin davalı Ramazan'a verilmesine.

5- Davacı tarafından yapılan 453.60 TL harç 53,50 TL davetiye 19,70 TL müzekkere, 370,20 TL delil tespiti, 554,75 TL keşif ve bilirkişi giderinden ibaret toplam 1451.75 TL yargılama giderinden harcın tamamından davalı Ramazan sorumlu tutulmak suretiyle davanın kabul ve red oranı gözetilerek 503,60 TL'sinin davalı Ramazan'dan alınarak davacıya verilmesine, bakiye yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,

Dair, davacı vekili ve davalı vekilinin yüzlerine karşı gerekçeli kararın taraflara tebliğinden itibaren 15 günlük yasal süre içinde temyiz yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup anlatıldı.
26/10/2009

BİR YARGITAY BOZMA KARARI**YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**

E: 2007/11574 K: 2008/9060 T: 01.07.2008

Davacı Hasbi vekili tarafından, davalı Canpolat vd.leri aleyhine 04/07/2005 gününde verilen dilekçe ile maddi tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davalı Ramazan hakkındaki davanın kısmen kabulüne, diğer davalılar hakkındaki davanın husumet nedeni ile reddine dair verilen 10/05/2007 günlü kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak incelenmesi davalı Ramazan vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 01/07/2008 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalı Ramazan vekili geldi, karşı taraftan davacı adına gelen olmadı. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanın sözlü açıklaması dinlendikten sonra tarafa duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü.

1) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları ile ret edilmelidir.

2) Diğer temyiz itirazlarına gelince; davacı, satın almış olduğu tuğla fabrikasının müstemilatının davalılar tarafından sökülüp götürülmesi nedeniyle uğradığı zararın tazmini isteminde bulunmuştur. Davalılardan Ramazan, fabrikanın Menteşeoğlu ailesine ait olup bu ailenin vekili olan Ramazan'ın fabrikadaki hurdaları hurdacı Ersoy'a sattığını, onun da kardeşi olan yine hurdacılık ile uğraşan davalıya sattığını, davalının iyi niyetli olarak menkullere malik olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini, diğer davalılar. Canpolat ile Nuri'nin ise davalı Ramazan'ın çocukları olup olay ile ilgileri bulunmadığından davanın reddine karar verilmesini istemişlerdir. Mahkemece, davalılardan Canpolat ile Nuri hakkındaki davanın husumet nedeniyle reddine, davalı Ramazan hakkındaki davanın ise yapılan keşif sonucunda yıkılan binalar ile alman malzemelerin bedelleri belirlenerek kısmen kabulüne karar verilmiştir. Hüküm davalı Ramazan tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyaya toplanan delillere ve dinlenen tanık beyanlarına göre; dava konusu tuğla fabrikası 1993 yılına kadar kullanılmış, bu tarihten sonra metruk bir vaziyette bulunan fabrikayı ilk maliklerin borçları nedeni ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından satıldığı ve davacının ihale yolu ile satın aldığı anlaşılmaktadır. Davalı Ramazan eski malikin yetki verdiği Ramazan'dan fabrikadaki hurdaları satın aldığı iddia etse de Vekâleti veren E. Pazarlama ve Gıda San. Ltd Şti. adına müdürü Orhan'ın bu hurdaları satmaya yetkisi olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Davacının fabrikayı satın aldığı şirket ile vekaleti veren şirket farklı şirketlerdir. Tapu kaydında M. Yem Sanayi ve Tic. AŞ adına 11.10.1983 tarihli teferruat şerhi olsa da akıbeti belli değildir. Tapu kaydına göre davacı fabrikayı 31.12.2004 tarihinde arazisi ile birlikte toplam 35 milyar liraya Z. ithalat ihracat Pazarlama Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nden satın almıştır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporu ile dava tarihi 04.07.2005 tarihi itibarı ile yıkılan bölümlerin ve malzemelerin toplam bedeli 118.250 YTL olarak, ek bilirkişi raporu ile de sökülen çatının 56 ton hurda malzemesi olacağı ve bedelinin de 8.400,00 YTL olduğu belirlenmiştir. Fabrikaya ait fotoğrafların yapılan incelemesinde *binanın* eski ve metruk halde bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacının 7 ay önce ihalede tamamını 35 milyara aldığı bir yerin sadece 3.768 m² çelik makaslı çatısı, yıkılan 28 m² trafo odası, odanın kapı ve pencereleri, şalt malzemesi, havai hattı, 28 m² bekçi kulübesini 31 m² idare binası ve 20 m² tuğla kalkan duvarı bedelinin 118.250 YTL olarak belirlenmesi hakkaniyete uygun değildir. Mevcut duruma göre davalı Ramazan'ın fabrikadaki hurdaları satın aldığı ve götürdüğü sonucuna varılmaktadır. Bu durumda mahkemece hurda bedelinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı biçimde karar verilmiş olması doğru olmamış, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2) nolu bentte açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, diğer temyiz itirazlarının ilk bentte açıklanan nedenle reddine ve temyiz eden davalı Ramazan yararına takdir olunan 550,00 YTL duruşma avukatlık ücretinin davacıya yükletilmesine ve peşin alınan harem istek halinde geri verilmesine 01/07/2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BİR YARGITAY ONAMA KARARI**YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**

E: 2010/4801 K: 2010/5796 T: 12.05.2010

Davacı Hasbi vekili tarafından, davalı Canpolat ve diğerleri aleyhine 04/7/2005 gününde verilen dilekçe ile maddi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davalı Ramazan hakkındaki davanın kısmen kabulüne, diğer davalılar hakkındaki davanın husumet nedeni ile reddine dair verilen 26/10/2009 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.

Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün **ONANMASINA** ve aşağıda yazılı onama harcının temyiz eden davacıya yükletilmesine ve peşin alman harcın bundan mahsubuna 12/05/2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN 2. DOSYA

İSTANBUL 3. VERGİ MAHKEMESİ

E: 2006/3606 K: 2007/2156

DAVANIN ÖZETİ: Davacının 2001 yılında borç para vererek faiz geliri elde ettiği halde bu gelirini beyan etmediğinden bahisle düzenlenen vergi inceleme raporuna istinaden 213 sayılı Vergi Usul Yasası'nın 30/1-4. maddesi uyarınca re'sen tarh edilen vergi ziyai cezalı gelir vergisi, fon payı, geçici vergiler ile anılan Yasa'nın 353/1. madesi uyarınca kesilen özet usulsüzlük cezasının; cezalı tarhiyatların dayanağı inceleme raporunda somut tespitler bulunmadığı, noksan incelemeye dayalı olduğu, borç para alanların ifadelerine başvurulmadığı, yapılan hesaplamaların yanlış ve faiz oranlarının çok yüksek belirlendiği dolayısıyla inceleme raporunun gerçeği yansıtmadığı iddialarıyla kaldırılması istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ: 2001 yılında borç para vererek faiz geliri elde ettiği halde bu gelirini beyan etmeyen davacı adına 01.01.2001 tarihinden itibaren mükellefiyet tesis edilerek vergi inceleme raporuna istinaden tarh edilen vergi ve kesilen cezaların yasal ve yerinde olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren İstanbul 3. Vergi Mahkemesince duruşma için önceden belirlenen 17.09.2007 tarihinde davacı vekili davalı idareyi temsilen Haz. Avukatının geldiği görülerek usulüne uygun duruşma yapıldıktan ve dava dosyası incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava; davacı adına 2001 yılı için re'sen tarh edilen vergi ziyai cezalı gelir vergisi, fon payı, geçici vergiler ile kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılması istemiyle açılmıştır.

213 sayılı Vergi Usul Yasası'nın 30/1 maddesinde; vergi beyannamesi kanuni süresi geçtiği halde verilmemişse 4. bendinde ise; defter kayıtları ve bunlarla ilgili vesikalar, vergi matrahının doğru ve kesin olarak tespitine imkan vermeyecek derecede noksan, usulsüz ve karışık olması dolayısıyla ihticaca salih bulunmazsa vergi matrahının re'sen takdir olunacağı, 134. maddesinde de; vergi incelemesinden maksadın ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğu,

Anılan Yasa'nın 140. maddesinde ise; vergi incelemesi yapanların yaptıkları inceleme sırasında aşağıdaki esaslara uymaya mecbur oldukları, 1) İncelemeye tabi olana, bunun mevzuunu işe başlamadan evvel açık olarak izah edecekleri, 2) Nezdinde inceleme yapılanın muvafakati olmadıkça resmi çalışma saatleri dışında inceleme yapamayacakları veya buna devam edemeyecekleri 3) İnceleme bitince, bunun yapıldığını gösteren bir vesikanın nezdinde inceleme yapılarak verileceği hükme bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; 2003 yılından itibaren Gayrettepe Vergi Dairesi Mükellefi olan davacıyla ilgili olarak düzenlenen 29.09.2006 tarihli vergi inceleme raporu ile; davacının 2001 yılında ikrazatçılık faaliyetinde bulunduğu halde bu faaliyetini vergi dairesinin bilgisi dışında bıraktığı, defter tutmadığı, beyanname vermediği, belge düzenlemediği ve borç para vererek elde ettiği faiz gelirini beyan etmediğinin tespiti üzerine davacı adına 2001 yılı için re'sen mükellefiyet tesisinin yapıldığı ve belirlenen matrah üzerinden davacı adına 213 sayılı Yasa'nın 30/1-4. maddesi uyarınca re'sen vergi ziyai cezalı gelir vergisi, fon payı ife geçici vergilerin tarh edildiği, anılan Yasa'nın 353/1. maddesi uyarınca özel usulsüzlük cezasının kesildiği anlaşılmıştır.

Dava konusu olayda; vergi ve cezaların dayanağı vergi inceleme raporunun eki tutanağın davacıya vekaleten Z. adlı şahıs nezdinde düzenlendiği, davacının ifadesine başvurulmadığı açıktır. İfade; şahsa bağlı bir delil olup, irade beyanı niteliği taşıdığından vergilendirmeye ilgili mükellefiyet tesisi ve vergi tarhına ilişkin davacının yerine başka bir şahsın verdiği beyanlara istinaden düzenlenen vergi inceleme raporunun yasaya uygun düzenlendiğinden söz edilmesi mümkün değildir.

Bu durumda; usulüne uygun yapılmış bir vergi incelemesi olmadan davacı adına 2001 yılı için tarh edilen cezalı gelir vergisi, fon payı, geçici vergiler ile kesilen özel usulsüzlük cezasında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın kabulüne, dava konusu vergi ziyai cezalı gelir vergisi, fon payı, cezalı geçici vergiler ile kesilen özel usulsüzlük cezasının kaldırılmasına, aşağıda dökümü gösterilen 46,30.-YTL yargılama gideri ile kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca takdiren belirlenen 500 00 -YTL vekalet ücretinin davalı idarece davacıya ödenmesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 30 gün içinde Danıştay'a temyiz yolu açık olmak üzere 17.09.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

DANIŞTAY 4. DAİRE KARARI

E: 2008/1806 K: 2010/2210

İstemin Özeti: 2001 yılı işlemleri incelenen davacının ikrazatçılık faaliyetinden elde ettiği faiz gelirini beyan etmediği »eri sürülerek salman gelir vergisi, geçici vergi, kesilen vergi zıyaı cezası, hesaplanan fon payı ve özel usulsüzlük cezasının kaldırılması istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 3.Vergi Mahkemesi 17.9,2007 günlü ve E:2006/3606, K:2007/2156 sayılı kararıyla; vergi cezaların dayanağı vergi inceleme raporunun eki tutanağın davacıya vekaleten Z. adlı şahıs nezdinde düzenlendiği, davacının İfadesine başvurulmadığı, ifadenin şahsa bağı bir delil olduğu, irade beyanı niteliği taşıdığı, vergilendirmeye ilgili mükellefiyet tesisi ve vergi tarhına ilişkin olarak davacının yerine başka bir şahsın verdiği beyanlara istinaden düzenlenen vergi inceleme raporunun yasaya uygun düzenlenmediği, bu durumda usulüne uygun yapılmış bir vergi incelemesi olmadan yapılan tarhlyatın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılmasına karar vermiştir Davalı idare, yetki verilen kişinin beyanlarından olaydan bilgi sahibi olduğunu bu nedenle yapılan incelemenin yasal olduğunu ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

Savunmanın Özeti: Yasal dayanaktan yoksun temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, temyize konu mahkeme kararının bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesince davacının bağı olduğu Gayrettepe Vergi Dairesi Müdürlüğü adının, Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığının 21.5.2007 tarih ve 45830 sayılı yazısından Kasımpaşa Vergi Dairesi Müdürlüğü olarak değiştirildiği anlaşılarak işin esası incelenip gereği görüldü

2001 yılında borç para vererek elde ettiği faiz gelirini beyan etmediği ileri sürülen davacı adına, düzenlenen rapor uyarınca salman gelir vergisi, geçici vergi, hesaplanan fon payı ve kesilen vergi ziyai cezaları ile özel usulsüzlük cezasının kaldırılmasına karar veren

Vergi Mahkemesi kararı davalı İdare tarafından temyiz edilmiştir.

Vergi Mahkemesi, dava konusu olayda, vergi ve cezaların dayanağı vergi inceleme raporunun eki tutanağın davacıya vekaleten Z. adlı şahıs nezdinde düzenlendiği, davacının ifadesine başvurulmadığı, ifadenin şahsa bağlı bir delil olup irade beyanı niteliği taşıdığı, vergilendirme ile ilgili mükellefiyet tesisi ve vergi tarhına ilişkin olarak davacının yerine başka bir şahsın verdiği beyanlara istinaden düzenlenen vergi inceleme raporunun yasaya uygun olduğundan bahsedilemeyeceği gerekçesi ile vergi ve cezalar ile hesaplanan fon payının kaldırılmasına karar vermiştir. Ancak, vergi incelemesinin öncelikle İnceleme ile ilgili kişi nezdinde yapılması gerektiği, zorunlu bir takım nedenlerle ilgisinin bulunamaması halinde vekil tayin edilmiş kişi nezdinde inceleme yapılabileceği, olayda ise vergi incelemesi ile ilgili kişinin aranıp bulunamadığı yolunda bir tespitin bulunmaması karşısında Mahkeme kararının sonucu itibariyle hukuka uygun olduğu anlaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin reddine, İstanbul 3.Vergi Mahkemesinin 17.9.2007 günlü ve E:2006/3606, K;2007/2156 sayılı kararının onanmasına 21.4,2010 gününde esasta oybirliği gerekçede oyçokluğuyla karar verildi.

UYGULAMADAN 3. DOSYA

İSTANBUL 7. SULH HUKUK MAHKEMESİ

E: 2009/60 K: 2010/337 T: 27.04.2011

Mahkememizde görülmekte bulunan itirazın iptali davasının yapılan açık yargılamasının sonunda,

İSTEM:

Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin davalı kurum nezdinde posta çeki hesabi bulunduğunu davacının bu posta çeki hesabında bulunan 1.606,00.-TL'nin kendisine  odenmesi için davalı PTT Müdürlüğünce kendisine özel olarak verilen ve tüm kimlik bilgileri ve resmi havi PTT Garanti Kartı ile avukatlık kimliği ile 18.9.2009 İstanbul Adliye Sarayı PTT Merkezi Müdürlüğüne müracaat ettiğini, takibe ve davaya konu hesaptaki paranın müvekkilinin ibraz ettiği kimliğin Avukatlık kimliği olmaması nedeni ile geçerli kabul edilmediğini paranın kendisine  odenmedi ini, müvekkilinin İstanbul 6. İcra Müdürlüğünün 2009/34005 esas sayılı dosyası ile icra takibine gittiğini, icra takibinin durduruldu unu takibin devamı ve alacağın tahsili için bu davayı açmak zorunda kaldıklarını 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 9. Maddesi gereği yasa ile müvekkiline verilen resmi kimlik olarak belirlenen bir belgenin davalı kurum nezdinde geçersiz kabul edilmesine anlam veremediklerini, haksız ve mesnetsiz itirazın iptaline, takibin devamına, davalıyanın %40 oranında icra inkar tazminatına mahkumiyetine, takibe konu alaca a takip tarihinden itibaren yürürlükte olan ticari faiz işletilmesine yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davalıya yükletilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

YANIT:

Davalı vekili cevap dilekçesinde; davacının müvekkili kurulu  nezdinde posta çeki hesabında bulunan 1.606,00.-TL'nin kendisine  odenmesi için PTT Müdürlüğüne PTT Garanti kartı ve 1136 sayılı Avukatlık Yasası gereğince kendisine verilen Avukatlık kimliği ile 28.9.2009 günü İstanbul Adliye sarayı PTT Merkez müdürlüğüne müracaat ettiğini, 9.1.2008 tarih ve 26751 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan suç gelirlerinin aklanmasının ve terör finansmanının  nlenmesine dair tedbirler hakkında yönetmeliğin kuruluşlarına getirdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla yapılan 28.3.2008 tarih ve B. 11.2. PTT .0.07.00.01-201-880 sayılı tebli le de yönetmeliğin 6. Maddesine göre resmi kimlik belgesi olarak T.C Nüfus Cüzdanı, T.C sürücü belgesi veya pasaport kabul edileceği te kilata duyuruldu unu, söz konusu müracaatın bu nedenle red edildiğini, bu durum üzerine davacının İstanbul 6. İcra Müdürlüğünün 2009/34005 esas sayılı dosyası ile takip ba lattı ını, anılan yönetmeliğin 5. Maddesinde kimlik tespiti

zorunluğunun 2.000,00.-TL ve üzeri işlemler için öngörüldüğü iddiasının yersiz olduğunu haksız ve hukuki dayanağı bulunmayan davanın reddine, yargılama giderleri ile ücreti vekaletin davacıya yükletilmesine karar verilmesini savunmuştur.

DELİLER VE GEREKÇE: Mahkememiz tarafından tarafların deliller listesini gösterdikleri tüm deliller celp ile incelenmiş, icra dosyası getirilmiştir.

Mahkememizde açılan işbu dava İİK'nin 67. Maddesine dayalı itirazın iptali davası olup, bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açıldı dosya kapsamına göre sabittir.

Mahkememiz tarafından celp ile incelenen İstanbul 6. İcra müdürlüğünün 2009/ 34005 esas sayılı icra dosyasının incelenmesinden davacı tarafından davalı Genel Müdürlük aleyhine 1.606.-TL asıl alacak üzerinden ilamsız takiplerine ilişkin icra takibi yolu ile takibe geçildiği, borçluya ödeme emrinin tebliği üzerine süresinde borca ve ferilerine davacının 18.9.2009 günü itibarı ile hesabında 1.606.TL para çekmek için PTT garanti kartı ve Avukatlık kimlik belgesi ile çekme talebinde bulunduğunu, İstanbul Adliye Sarayı PTT Merkez şubesinin suç gelirlerinin aklanmasının ve terörün finansmanının önlenmesine dair yönetmeliğin 6/2 a bendi gereğince, Türk uyruklular için TC nüfus cüzdanı, TC sürücü belgesi veya pasaportun kimlik tespitinde kullanılacağını belirtmekte olduğunu, davacının bu belgeleri sunmaksızın avukatlık kimlik belgesi ve PTT Garanti Kartı sunmak sureti ile PTT de bulunan paranın tahsilini talep ettiği oysa bunun mümkün olmadığını belirterek borca itiraz ederek takibin durmasına sebebiyet verdiği anlaşılmıştır.

Mahkememizce yapılan yargılama sonucunda; davacı tarafından icra takibine konu edilen alacak, davacı avukatın, Avukatlık Kimliği ile davalı PTT den talep ettiği PTT şubesindeki posta çeki hesabında bulunan paranın davalı tarafından ödenmemesi nedeni ile yapılan icra takibine yönelik itirazın iptaline ilişkindir. Davacının icra takibine konu ettiği alacağın varlık ve miktarı tartışma konusu değildir. Davamızda tartışma konusu olan husus davacı avukata avukatlık kimlik belgesine dayanarak yapılan ödeme talebinin, davalı tarafından red edilmesinin hukuka uygun olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Davalı PTT Genel Müdürlüğü'nü temsilen İstanbul Adliye Sarayı PTT Şube Müdürlüğü tarafından, 9.1.2008 gün ve 26751 Sayılı R.G'de yayınlanan suç giderlerinin aklanmasının ve terörün finansmanının önlenmesine dair tedbirler hakkındaki yönetmeliğin 6. Maddesi gereğince sunulması gereken geçerli kimlik belgesinin sunulmadığı gerekçesi ile red edilmiştir. Mahkememizdeki belge ve bilgiler ile yasal mevzuatın incelenmesinden, 1136 Avukatlık Kanun'un 9. Maddesi gereğince; avukatlık kimlikleri, "Resmi kimlik" niteliğinde düzenlendiği anlaşılmakla tüm resmi ve özel kuruluşları bağlamaktadır. Yönetmelikler hiçbir zaman yasaya aykırı olarak yorumlanamaz. 4208 sayılı kara paranın aklanmasının önlenmesine dair yönetmeliğin 6. Maddesinde, Avukatlık Yasası gereğince tanzim edilen kimliğin sayılmaması bu kimliğin hukuki geçerliliğine etki etmez Yasalar,

normlar hiyerarşisinde, üst norm niteliğinde olup yönetmelikten önce uygulanması gerekir. Bu nedenle davalı idarenin, icra takibine konu alacağı ödememesi haklı ve geçerli bir hukuki sebebe dayanmamaktadır. Kaldı ki PTT Genel Müdürlüğü'nün 3 Mart 2006 günlü ve 622-01 sayılı Türkiye Barolar Birliği'ne yazdığı yazıda iş yerlerinde yapılan havale ödemelerinde, Barolar Birliğince verilen Avukatlık kimliklerinin geçerli kimlik olarak kabul edilmekte olduğu hususunun altı çizilmiş ve esasen kimliğin geçerliliği kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenlerle davalının haksız itirazının iptali ile takibin devamına karar verilmesi gerektiği vicdani kanaatine varılmıştır. Ancak dava konusu uyuşmazlığın, geçerli bir kimlik belgesinin ibraz edilip edilmemesi sebebine dayanması bu konuda Yargıtay ve Danıştay kararlarında uygulama birliğinin bulunmaması, yönetmelik hükümleri dikkate alınarak, idarenin parayı ödememesinin Yönetmeliğe göre yapılan işlemden kaynaklanması, dikkate alınarak davalının kötü niyetle yaptığı bir itirazın bulunmadığı ve alacağın tahsili yargılamayı gerektirdiği mahkememizce benimsendiğinden davacının %40 icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerektiği vicdani kanaatine varılmış ve aşağıdaki gibi hüküm tesis etmek gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1-Davanın KABÜLÜ ile, davalının İstanbul 6. İcra Müdürlüğü'nün 2009/34005 esas sayılı dosyasına yaptığı itirazın İPTALİ ile; takibin, takip tarihinden itibaren talep konusu alacağa yıllık %19'u aşmamak üzere avans faizi yürütülmesi sureti ile DEVAMINA,

2-Dava konusu uyuşmazlığın, alacaklının geçerli kimlik belgesi ibraz etmemesi sebebine dayanması bu konuda Yargıtay kararlarında dahi farklılıklar bulunması karşısında, talebin yargılamayı gerektirdiğinin tespiti ile davacının icra inkar tazminatı taleplerinin koşulları oluşmadığından REDDİNE,

3-Alınması gereken 95,40.-TL harçtan peşin alınan 15,60 TL'nin mahsubu ile eksik kalan 79,80.-TL harcın davalıdan tahsili ile hazineye KAYDINA,

4-Davacı kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihi As. Av. Uc. Tar. Hükümleri gereğince; taktiren 500,-TL ücreti vekaletin davalıdan tahsili ile davacıya VERİLMESİNE,

5-Davacının yaptığı ilk masraf 35,40.-TL'nin davalıdan tahsili ile davacıya VERİLMESİNE,

Dair Taraf vekillerinin yüzlerine karşı ilgili Yargıtay dairesinde kararın taraflara tebliğinden itibaren 8 günlük süre içerisinde temyiz yolu açık olmak üzere verilen karar açıkca okunup usulen anlatıldı. 27/04/2011

Dava dilekçesinde 1.606 TL alacak için itirazın iptali istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

Y. 3. HD.E. 2010/18472 K: 2010/21065

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usûl ve kanuna uygun olan hükmün **ONANMASINA**, 21.12.2010 günü oybirliğiyle karar verildi.

YARARLI BİLGİLER

**Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Reeskont İşlemlerinde
Uygulanan Faiz Oranları**

Yürürlük Tarihi	Reeskont İşlemlerinde Uygulanan İskonto Oranı (%)	Avans İşlemlerinde Uygulanan Faiz Oranı (%)
01.01.1990	40	45
20.09.1990	43	48,25
23.11.1990	45	50,75
15.02.1991	48	54,50
27.01.1994	56	65
21.04.1994	79	98
12.07.1994	70	85
27.07.1994	63	75
01.10.1994	55	64
10.06.1995	52	60
01.08.1995	50	57
02.08.1997	67	80
30.12.1999	60	70
17.05.2002	55	64
14.06.2003	50	57
08.10.2003	43	48
15.06.2004	38	42
13.01.2005	32	35
25.05.2005	28	30
20.12.2005	23	25
20.12.2006	27	29
28.12.2007	25	27
09.04.2009	19	20
12.06.2009	18	19
22.12.2009	15	16
30.12.2010	14	15

YASAL FAİZ ORANLARI

01.07.2002 – 30.06.2003 arası için	365 gün	%55
01.07.2003 – 31.12.2003 arası için	184 gün	%50
01.01.2004 – 30.06.2004 arası için	181 gün	%43
01.07.2004 – 01.05.2005 arası için	300 gün	%38
01.05.2005 – 31.12.2005 arası için	240 gün	%12
01.01.2006 – 31.12.2006 arası için	365 gün	%9
01.01.2007 – 31.12.2007 arası için	365 gün	%9
01.01.2008 – 31.12.2008 arası için	365 gün	%9
01.01.2009 – 31.12.2009 arası için	365 gün	%9
01.01.2010 – 31.12.2010 arası için	365 gün	%9
01.01.2011 –		%9

YARGITAYA GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR

AYLAR	2006	2007	2008	2009	2010	2011
OCAK	5.45	9.68	6.08	12.81	1.14	8.89
ŞUBAT	5.04	10.08	5.94	12.63	1.20	9.23
MART	4.21	10.63	5.95	11.99	1.63	9.36
NİSAN	4.96	11.01	6.39	10.65	2.52	
MAYIS	4.27	10.95	7.20	8.96	3.50	
HAZİRAN	4.97	10.09	8.39	7.34	4.30	
TEMMUZ	5.82	9.03	9.76	5.47	5.33	
AĞUSTOS	6.49	8.29	10.68	4.19	6.18	
EYLÜL	7.06	7.77	11.29	3.22	6.89	
EKİM	7.76	7.23	12.11	2.20	7.71	
KASIM	8.60	6.75	12.56	1.37	8.27	
ARALIK	9.34	6.31	12.72	1.23	8.52	

2011 SGK PRİM ORANLARI

En az: **266,83.-TL.**

En Çok: **1.734,43.-TL.**

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

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ AYA GÖRE ARTIŞ ORANLARI												
AYLAR	ÜFE						TÜFE					
	2007	2008	2009	2010	2011		2007	2008	2009	2010	2011	
OCAK	-0.05	0.42	0.23	0.58	2.36		1.00	0.80	0.29	1.85	0.41	
ŞUBAT	0.95	2.56	1.17	1.66	1.72		0.43	1.29	-0.34	1.45	0.73	
MART	0.97	3.17	0.29	1.94	1.22		0.92	0.96	1.10	0.58	0.42	
NİSAN	0.80	4.50	0.65	2.35			1.21	1.68	0.02	0.60		
MAYIS	0.39	2.12	-0.05	-1.15			0.50	1.49	0.64	-0.36		
HAZİRAN	-0.11	-0.36	0.94	-0.50			-0.24	0.32	0.11	-0.56		
TEMMUZ	0.06	1.25	-0.71	-0.16			-0.73	0.58	0.25	-0.48		
AĞUSTOS	0.6	2.34	0.42	1.15			0.02	0.24	-0.30	0.40		
EYLÜL	0.85	-0.90	0.62	0.51			1.03	0.45	0.39	1.23		
EKİM	-0.13	0.57	0.28	1.21			1.81	2.60	2.41	1.83		
KASIM		0.89	1.29	-0.31			1.95	-0.83	1.27	0.03		
ARALIK		0.15	0.66	1.31			0.22	-0.41	0.53	-0.30		

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ YILIN ARALIK AYINA GÖRE ARTIŞ HIZI												
AYLAR	ÜFE						TÜFE					
	2007	2008	2009	2010	2011		2007	2008	2009	2010	2011	
OCAK	-0.05	0.42	0.23	0.58	2.36		1.00	0.80	0.29	1.85	0.41	
ŞUBAT	0.89	3.00	1.40	2.25	4.13		1.44	2.11	-0.06	3.32	1.14	
MART	1.88	6.26	1.70	4.24	5.40		2.36	3.09	1.05	3.93	1.57	
NİSAN	2.69	11.04	2.35	6.69			3.60	4.82	1.07	4.55		
MAYIS	3.09	13.39	2.30	5.47			4.12	4.38	1.71	4.17		
HAZİRAN	2.98	13.76	3.27	4.93			3.87	6.00	1.83	3.59		
TEMMUZ	3.11	15.18	2.54	4.77			3.05	6.61	2.08	3.09		
AĞUSTOS	3.93	12.49	2.97	5.98			3.13	6.35	1.78	3.50		
EYLÜL	4.98	11.48	3.60	6.52			4.19	6.83	2.18	4.77		
EKİM	4.84	12.11	3.90	7.80			6.08	9.60	4.64	6.69		
KASIM	5.78	12.08	5.24	7.47			8.15	10.52	5.96	6.72		
ARALIK	5.94	8.11	5.93	8.87			8.39	10.06	6.53	6.40		

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE BİR ÖNCEKİ YILIN AYNI AYINA GÖRE ARTIŞ HIZI												
AYLAR	ÜFE						TÜFE					
	2007	2008	2009	2010	2011		2007	2008	2009	2010	2011	
OCAK	9.37	6.44	9.50	6.30	10.80		9.93	8.17	7.90	8.19	4.90	
ŞUBAT	10.13	9.10	6.43	6.82	10.87		10.16	8.15	7.73	10.13	4.16	
MART	10.92	10.50	3.46	8.58	10.08		10.86	9.15	7.89	9.56	3.99	
NİSAN	9.68	14.56	-0.35	10.42			10.72	9.66	6.13	10.19		
MAYIS	7.14	16.83	-2.46	9.21			9.23	10.74	5.24	9.10		
HAZİRAN	2.89	17.03	-1.86	7.64			8.60	10.61	5.73	8.37		
TEMMUZ	2.08	18.41	-3.75	8.24			6.90	12.06	5.39	7.58		
AĞUSTOS	3.72	14.67	-1.04	9.03			7.39	11.77	5.33	8.33		
EYLÜL	5.02	12.49	0.47	8.91			7.12	11.13	5.27	9.24		
EKİM	4.41	13.29	0.19	9.92			7.70	11.99	5.08	8.62		
KASIM	3.65	12.05	1.51	8.17			8.40	10.76	5.53	7.29		
ARALIK	5.94	8.11	5.93	8.87			8.39	10.06	6.53	6.40		

YILLARA GÖRE ÜFE/TÜFE ENDEKSLERİNDE 12 AYLIK ORTALAMALARA GÖRE ARTIŞ HIZI												
AYLAR	ÜFE						TÜFE					
	2007	2008	2009	2010	2011		2007	2008	2009	2010	2011	
OCAK	9.68	6.08	12.81	1.14	8.89		9.76	8.61	10.54	6.16	8.28	
ŞUBAT	10.08	5.94	12.63	1.20	9.23		9.92	8.53	10.41	6.38	7.76	
MART	10.63	5.95	11.99	1.63	9.36		10.15	8.40	10.29	6.53	7.29	
NİSAN	11.01	6.39	10.65	2.52			10.30	8.33	9.98	6.87		
MAYIS	10.95	7.20	8.96	3.50			10.24	8.47	9.49	7.20		
HAZİRAN	10.09	8.39	7.34	4.30			10.11	8.64	9.08	7.41		
TEMMUZ	9.03	9.76	5.47	5.33			9.70	9.07	8.52	7.59		
AĞUSTOS	8.29	10.68	4.19	6.18			9.46	9.43	7.99	7.83		
EYLÜL	7.77	11.29	3.22	6.89			9.17	9.76	7.52	8.16		
EKİM	7.23	12.11	2.20	7.71			8.98	9.60	6.95	8.45		
KASIM	6.75	12.56	1.37	8.27			8.86	10.31	6.53	8.59		
ARALIK	6.31	12.72	1.23	8.52			8.78	10.44	6.25	8.57		

YILLARA GÖRE ÜFE ve TÜFE ENDEKSLERİ

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

Sıra No	MAYIS 2010	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-1.15	-0.36
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim	5.47	4.17
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim	9.21	9.10
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	3.50	7.20

Sıra No	HAZİRAN 2010	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0.50	-0.56
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim	4.93	3.59
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim	7.64	8.37
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	4.30	7.41

Sıra No	TEMMUZ 2010	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0.16	-0.48
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim	4.77	3.09
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim	8.24	7.58
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	5.33	7.59

Sıra No	AĞUSTOS 2010	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1.15	0.40
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim	5.98	3.50
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	9.03	8.33
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	6.18	7.83

Sıra No	EYLÜL 2010	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	0.51	1.23
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim	6.52	4.77
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	8.91	9.24
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	6.89	8.16

YILLARA GÖRE ÜFE ve TÜFE ENDEKSLERİ

Sıra No	EKİM 2010	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1.21	1.83
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim	7.80	6.69
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	9.92	8.62
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	7.71	8.45

Sıra No	KASIM 2010	ÜFE %	TÜFE%
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	-0.31	0.03
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim	7.47	6.72
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	8.17	7.29
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	8.27	8.59

Sıra No	ARALIK 2010	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1.21	1.83
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim	7.80	6.69
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	9.92	8.62
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	7.71	8.45

Sıra No	OCAK 2011	ÜFE %	TÜFE%
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	2.36	0.41
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim oranı	2.36	0.41
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	10.80	4.90
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	8.89	8.28

Sıra No	ŞUBAT 2011	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1.72	0.73
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim	4.13	1.14
3	Bir önceki yılın aynı ajana göre değişim oranı	10.87	4.16
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	9.23	7.76

Sıra No	MART 2011	ÜFE %	TÜFE %
1	Bir önceki aya göre değişim oranı	1.22	0.42
2	Bir önceki yılın Aralık ayına göre değişim	5.40	1.57
3	Bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı	10.08	3.99
4	12 aylık ortalamalara göre değişim oranı	9.36	7.29

***YİTİRDİKLERİMİZ
AYRILMALAR / NAKİLLER***

YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 15059 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

MEHMET SÜHEL KADAK

04/02/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1957 yılında İstanbul'da doğmuş 1985 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1988 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 14104 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

MAHMUT MERMER

09/03/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1960 yılında Fekede doğmuş 1984 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1986 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 7031 sicil sayısında kayıtlı

**AVUKAT
ÜLKÜ ÜNAL**

03/03/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Yazıhamit'de doğmuş 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1971 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 5619 sicil sayısında kayıtlı

**AVUKAT
OKTAY ÖZTOPRAK**

01/03/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1944 yılında Akyazı'da doğmuş 1970 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 8752 sicil sayısında kayıtlı

**AVUKAT
TURHAN BOZKURT**

16/02/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1944 yılında Akyazı'da doğmuş 1970 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 14159 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

NEJAT KIRANŞA

15/02/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1958 yılında Kırklareli'nde doğmuş 1984 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1986 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 5941 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

AYŞE NİL YARSUVAT

18/03/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1940 yılında İstanbul'da doğmuş 1965 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1967 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 6062 sicil sayısında kayıtlı

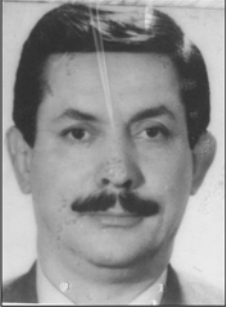
AVUKAT

OKTAY ÜNAL

20/03/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Sivas'ta doğmuş 1967 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1968 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 10037 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

ESAT ALINUR TÜRETKEN

15/03/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında İstanbul'da doğmuş 1974 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 16286 sicil sayısında kayıtlı

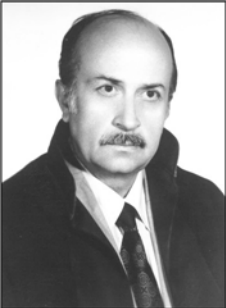
AVUKAT

HALET GEVREK

20/03/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1965 yılında İliç'te doğmuş 1988 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1989 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 4302 sicil sayısında kayıtlı

AVUKAT

AHMET ULVİ YALMAN

23/03/2011 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında Uşak'ta doğmuş 1956 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1958 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

AYRILMALAR

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Durumu	Hareket
1	39604	H.ALİ	KULAK	İstifa	10/02/2011
2	4014	Y.KAMİL	EYÜPLÜ	İstifa	10/02/2011
3	39515	DENİZ	ÇETİN	İstifa	17/02/2011
4	19983	VELİ	KARAGÖZ	İstifa	17/02/2011
5	24382	ARİFE	KOÇYİĞİT	İstifa	24/02/2011
6	35457	PINAR	AKSOY	İstifa	24/02/2011
7	40701	TUĞÇE	AKDEMİR	İstifa	24/02/2011
8	39987	A. LEDÜL	AKDENİZ	İstifa	03/03/2011
9	24795	ADNAN	ŞAHİN	İstifa	03/03/2011
10	13179	METE	BORAN	İstifa	03/03/2011
11	37982	SIDDIKA	İNCEDAL	İstifa	10/03/2011
12	28347	MUSTAFA	KOBAT	İstifa	10/03/2011
13	26806	HÜSEYİN	ÖZCAN	İstifa	10/03/2011
14	38352	EMRAH	YILDIRIM	İstifa	10/03/2011
15	37169	SİBEL	YILMAZ	İstifa	10/03/2011
16	40481	OSMAN	AKDOĞDU	İstifa	10/03/2011
17	39955	H.DİDEM	ARSLAN	İstifa	10/03/2011
18	39576	MURAT	ŞİMŞEK	İstifa	10/03/2011
19	39589	A.DENİZ	DURSUN	İstifa	10/03/2011
20	40055	ZEYNEP	ATMACA	İstifa	17/03/2011
21	39126	SELMAN	PEÇE	İstifa	17/03/2011
22	38678	İBRAHİM	KOVANCI	İstifa	17/03/2011
23	34892	DİLEK	DEMİREZEN	İstifa	17/03/2011
24	28055	AYDIN	AĞIRDEMİR	İstifa	17/03/2011
25	26168	METİN	ÇAĞLAR	İstifa	17/03/2011
26	16769	FİKRİYE	DOCQUIR	İstifa	17/03/2011

NAKİLLER

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Durumu	Hareket Tarihi	Nakil Baro
1	24404	KEMAL	AĞAR	Nakil Gitme	10/02/2011	Ş.URFA
2	39051	ÜZEYİR	YÜKSEL	Nakil Gitme	10/02/2011	EDİRNE
3	27227	LEYLA	DEMİR	Nakil Gitme	17/02/2011	TEKİRDAĞ
4	31353	UYGAR	BOSTANCI	Nakil Gitme	17/02/2011	İZMİR
5	34166	MENSUR	AKBAŞ	Nakil Gitme	17/02/2011	VAN
6	39764	ESİN	T.GÖÇGELDİ	Nakil Gitme	24/02/2011	DENİZLİ
7	35715	RECEP	ERGÜN	Nakil Gitme	24/02/2011	KÜTAHYA
8	37110	ALİ ERİNÇ	SOYER	Nakil Gitme	03/03/2011	İZMİR
9	35384	ŞEBNEM	SOYER	Nakil Gitme	03/03/2011	İZMİR
10	33897	BURCU	DALYAN	Nakil Gitme	03/03/2011	ESKİŞEHİR
11	30567	PAPATYA	KÜÇÜKASLAN	Nakil Gitme	03/03/2011	MARDİN
12	37771	ŞEYMA	ÜRPER	Nakil Gitme	03/03/2011	MARDİN
13	21400	NURAY	GÖROL	Nakil Gitme	03/03/2011	ANKARA
14	30664	ŞEREF	GÖNENLİ	Nakil Gitme	10/03/2011	KOCAELİ
15	39480	ALİ	ATMACA	Nakil Gitme	10/03/2011	AMASYA
16	37700	ÖNDER	KALOĞLU	Nakil Gitme	10/03/2011	TEKİRDAĞ
17	31005	MUZAFFER	DEMİRKILIÇ	Nakil Gitme	17/03/2011	BURDUR
18	34526	HALE	A. OĞULLARI	Nakil Gitme	17/03/2011	BURSA
19	24512	DENEK	G. ERDEMİR	Nakil Gitme	17/03/2011	ÇANAKKALE
20	37825	NECAT	ÖZDEMİR	Nakil Gitme	17/03/2011	BATMAN
21	31608	M.SEYFİ	ÇELİK	Nakil Gitme	17/03/2011	MERSİN

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

..... A	
ARAŞTIRMA YÖNTEMİ.....	215
ADLİ YARDIM.....	238
AİLE KONUTU KOŞULU.....	273
ANNE ve BABANIN MANEVİ TAZMİNAT HAKLARI.....	278
AİDİYET TESPİTİ.....	285
ADLİ PARA CEZASI	364

..... B	
BONODA BEDELSİZLİK İDDİASI.....	220
BORÇLUNUN İTİRAZI.....	233
BELEDİYE ile KİRALAYAN ARASINDAKİ KİRA İLİŞKİSİ.....	255
BORDROLARDA GÖRÜLEN FAZLA ÇALIŞMALAR.....	287
BİRBİRİYLE ÇELİŞEN İDDİALAR.....	292
BAŞKASINA AİT BANKA KREDİ KARTINI KULLANMAK	350

..... C-Ç	
ÇOCUĞUN YARALANMASI	278
ÇIPLAK GÖZLE TESPİT OLANAĞI	325
CEZA MAHKEMESİ KARARI	331

..... D	
DAVANIN AÇILMAMIŞ SAYILMASI	232
DİRENME	248
DAVA AÇMADA İZLENECEK YOL	281
DÜRÜSTLÜK KURALI	323
DAVANIN KANITLARI	303
DAVANIN İHBARI	318
DAVADA TARAF SIFATI	318
DESTEKTEN YOKSUN KALMA	321
DÜRSTLÜK KURALI	325
DAVADA TANIK VE BİLİR KİŞİ SIFATI	336

..... E	
EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI	244
EL ATMANIN ÖNLENMESİ	271

F

FAHİŞ FARK KAVRAMI	319

G

GÖREVSİZLİK KARARINI İZLEYEN İŞLEMLER	232

H

HİSSELİ TAŞINMAZ ÜZERİNDEKİ BİNA	285
HUKUKİ YARAR UNSURU	285
HAYALİ SİGORTALILIK	299
HASARIN MAHKEMECE TESPİTİ	308
HUKİKİ MAHKEMECE TESPİTİ	310
HUKİKİ İLİŞKİ	315
HASILAT KİRASİ	315
HÜKMÜN AÇIKLANMASININ YERİ BIRAKILMASI	336
HİRSIZLIK İLE YAĞMA ARASINDAKİ FARKLAR	340
HÜKMÜN SANIK ALEYHİNE DEĞİŞTİRİLEMEYECEĞİ	346
HİRSIZLIK SUÇU	350

İ

İSPAT YÖNTEMİ	220
İRTİFAK HAKKININ ETKİLERİ	221
İTİRAZIN SINIRLARI	233
İCRA İNKAR TAZMİNATI	251
İYİNİYET	263
İŞÇİNİN HAKLARI	287
İYİNİYET KURALI	287
İŞÇİNİN BAŞKA BİR İŞ YERİNDE ÇALIŞTIRILMASI	289
İBRANAME	292
İŞÇİ ÜCRETİNDE FAİZ	292
İHTARNAME GİDERİ	292
İŞ GÜVENCESİ	296
İŞVEREN VEKİLİ SIFATI	296
İŞÇİNİN ÜCRETİNİN İSPATI	303
İLERİDE DOĞMASI OLASI HAKLARIN HACZİ	311
İŞ SAHİBİNİN SORUMLULUĞU	317
İHBAR OLUNANIN HAK VE YETKİLERİ	318
İSPAT YÜKÜ	319
İŞ VEREN KUSURU	331
İNSAN HAYATI	331
İADE EDİLEN DOSYA	346

K

KAMU KURUMU KAYITLARININ DELİL OLARAK DEĞERİ	217
KAMU İHALE KANUNU	255
KİRA KANUNU	255
KURU MÜKİYET	273
KİRA ALACAĞI DAVASI	276
KİRACININ ÖLÜMÜ	281
KİRACININ SIFATI	282
KURUMUN İPTAL YETKİSİ	299
KUSUR ve ZARAR TESPİTİ	317
KAT MALİKİNİN ONAYI İLE YAPILAN DEĞİŞİKLER	323
KUSUR ORANI	328
KUSUR ORANI	331

L

LİKİT ALACAK KAVRAMI	251

M-N

MURİS MUVAZAASI	215
MECBURİ HİZMETİ TAMAMLAMADAN GÖREVDEN AYRILMA	226
MANEVİ TAZMİNAT	230
MAHKEMENİN YETKİSİ	233
MENFİ TESPİT DAVASI DİRENME	248
MAL İADESİ	251
MİRASIN İNTİKALİ	270
MİRASIN DURUMU	281
MAHKEMENİN GÖREVİ	307
MAL SİGORTASI	308
MALDAKİ AYIPLAR	313
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ	299
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ	299

O-Ö

ÖLEN KİŞİNİN İSTEK VE İRADESİ	215
OTOBÜS KİRALAMASI	315
ÖLÜMLÜ ARAÇ KAZASI	321

S-Ş

SİGORTALILIĞIN TESPİTİ	217
SORUMLULUĞUN KAPSAMI	226
ŞİRKET BİRLEŞMESİ	282
SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU	303
SÜRÜCÜNÜN ALKOLLÜ OLMASI	305

SİGORTA TEMİNATI	305
SÜRESİZ ŞİKAYET	311
SATICININ SORUMLULUĞU	313
SENET METNİNDE TAHRİFAT	325
ŞİRKETİN TEMSİLİ	326
SANIĞIN YOKLUĞUNDA KARAR VERİLMESİ	334

T

TAŞINMAZ DEĞERİNİN TESPİTİ	221
TEMYİZ SINIRININ TESPİTİ	236
TİCARİ FAALİYET SEBEBİYLE ÜÇÜNCÜ KİŞİYE VERİLEN ZARAR	242
TARAFLARIN KARŞILIKLI KUSURUNUN ARAŞTIRILMASI	244
TAPU İPTALİ ve TESCİLİ	263
TEBLİGAT	311
TAKİBE İTİRAZ	311
TASARRUFUN İPTALİ DAVASI	319
TEMSİL YETKİSİ	326
TEMYİZ HARCININ YATIRILMASI	328
TEKERRÜR OLUŞMASININ KOŞULLARI	337
TEKERRÜR HÜKÜMLERİ	364

U-Ü

UYGULANACAK HÜKÜMLER	270
UYGULANACAK KURALLAR	275

V

VASİTAYİNİ İDDALARININ GERÇEKLİĞİ	230
VEKİL İLE TAKİP EDİLEN İŞLER	311

Y

YARGILAMNIN HER SAFHASINDA ADLİ YARDIM TALEP EDİLEBİLEEEĞİ.....	238
YASAL FAİZ	242
YIPRANMA PAYI	251
YABANCI UYRUKLU KİŞİLER	263
YIKIM ECRİMİSİL	271
YARALAMA KOŞULU	273
YABANCI BAYRAKLI GEMİDE ÇALIŞAN GEMİ ADAMI	307
YABANCI PARA ALACAĞINDA FAİZ HESABI	310
YÜKLENİCİNİN ÖLÜMÜ	317
YARGITAY BOZMASI	334
YAĞMA SUÇU	340