

İÇERİK.DİZİNİ

. [Yayın.Kurulu'ndan](#).....XXXII.

. [Başkan'ın.Penceresi'nden](#).....XXXV.

• YAZILAR....

Prof..Dr..Erdoğan.Moroğlu

. [Türk.Borçlar.ve.Türk.Ticaret.Kanunu.Tasarılar](#).....3.

Prof..Dr..Selçuk.Demirbulak

. [Avrupa.Birliği.Hukuku](#).....11.

Mustafa.Reflit.Karahasan

. [Kat.Mülkiyeti.Kanununda.Düzenlenen.Yönetim.Plânının.Niteliği.ve.işlevi](#).....27.

Av..Filiz.Saraç

. [Avukatlık.Mesleğinde.Reklam Yasası](#).....41.

Yrd..Doç..Dr..Vural.Seven

. [Denizlerimizde Kılavuz Alma Zorunluluğuna Uymamanın Hukuki ve Cezai Sonuçları](#).....59.

Orhan Yılmaz

. [Yasal Temerrüt Faizi](#).....69.

Cüneyd Altıparmak

. [AİHS ve iç.Hukukumuz Çerçevesinde Müdafilik Kurumumuz](#).....77.

Av.Hakan Hanlı

. [Doğu Avrupa'da ve Türkiye'de Dış Kaynak Kullanımının Avantajları ve Sorunları](#).....91.

Av..Mustafa.Cem.Yeniaras

. [Uluslar arası Ticarete Akreditif ve Belge Karşılığı Ödeme](#).....107.

Erdoğan Gökçe

. [Kira Hukukunda Özel Kurallar](#).....139.

Coşkun Ongun

. [Trafik Kaza ve Cezalarında Leasing şirketleri](#).....151.

• DAİREYE GÖRE KARAR DERLEMESİ Av. Yörük Kabalak

. [Yargıtay 21. Hukuk Dairesi](#).....157

• YARGITAY KARARLARI

• [Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları](#).....189

• [Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Kararları](#).....235

• [Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Kararları](#).....239

• [Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Kararları](#).....243

• [Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararları](#).....247

• [Yargıtay 5. Hukuk Dairesi Kararları](#).....249

• [Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Kararları](#).....251

• [Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Kararları](#).....261

• [Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Kararları](#).....267

• Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararları	269
• Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Kararları	279
• Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararları	293
• Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Kararları	303
• Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Kararları	309
• Yargıtay 14. Hukuk Dairesi Kararları	323
• Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Kararları	329
• Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Kararları	331
• Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Kararları	333
• Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Kararları	337
• Yargıtay 20. Hukuk Dairesi Kararları	345
• Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Kararları	347
• Yargıtay 1. Ceza Dairesi Kararları	365
• Yargıtay 6. Ceza Dairesi Kararları	375

• **DANIŞTAY KARARLARI**

• Danıştay Kararları	383

• **AİHM KARARLARI**

• Cevdet ve Hatice Yılmaz /TÜRKİYE Davası	423
• Akar ve Beçet /TÜRKİYE Davası	427
• Leyla fiahin /TÜRKİYE Davası	433

• Aktarımlar	479
• Ayrılmalar	483
• Yitirdiklerimiz	485

YENİ BİR YAYIN YILINA

BAŞLARKEN

Değerli Okurlar,

6 sayı çıktığımız 2005 yılını geride bıraktık. Bir 6 sayı da 2006'da çıkacağız. Baro Dergisi olarak geldiğimiz noktadan mutluluk duyduğumuzu belirtmeliyiz. Her sayı öncesi yayınlayacağımız makaleleri seçmekte güçlük çekiyoruz. 30'a yakın makale arasından 10 makale ayırmak ve de belli bir ölçüte göre davranmak zorundayız. Bazı makaleler dizgiden dönüyor ve bir sonraki sayıya kalıyor. Hem kararları ve hem de yazıları 400- 450 sayfa arasında dengede tutmalıyız. Yoksa "tuğla" gibi kalın dergiler çıkıyor. Yılda 4 değil de 6 sayı çıkmak istememizdeki temel nedenlerden biriydi bu durum.

Ancak gene eski noktaya geldik.

Ayda bir çıkabilir miyiz?

Beklenen ve özlenen o. Ancak bildiğiniz gibi bu eylemi amatör biçimde yürütüyoruz. Ayda bir çıkmamız durumunda yoğun bir biçimde dergiye zaman ayırmak gerekecek. Bu durumda bile arkadaşlarımız büyük özveri gösteriyorlar.

Kararların bulunması, seçilmesi, özetlenmesi oldukça zaman alıyor. Kararların hem yeni, hem güncel ve hem de örnek olması gerekiyor. Dergimizde karar bulma ve özetleme işlerini Av. Osman Kuntman, Av. Yörük Kabalak ve Av. İsmail Gömlekli yürütüyor. Bir sayı matbaaya ulaştığı anda gelecek sayının uğraşısı başlıyor. Yö-

rük Kabalak'ın telefonu hiç gecikmiyor. "Bundan sonraki sayının kararlarını ayın birinde teslim etsek olur mu," diye...

Kararlar hazırlandıktan sonra yeni kararlarla karşılaşıyoruz. Edindiğimiz yeni kararı okurlarımızla paylaşma heyecanı sarmalına alıyor bizi. O zaman sayfalar ötelense bile büyük özveri ile Ufuk matbaası yeni kararları araya koyarak, yeniden sayfaları biçimlendiriyor. Bu sayıdaki "Ağca" kararı böyle oldu. Yargıtay 1. Ceza Dairesi Kararı matbaada sayfa kalıpları değişerek girebildi dergimize.

Kitap çalışmalarımız da hızla sürüyor. "AİHM'e Bireysel Başvuru Yöntemi" kitabımız yayım yaşamında. Prof. Dr. Vecdi Aral'ın "Varlığı var eden İlke- SEVGİ-" kitabı da geçen ayın yayınları arasında çıktı.

2006 yılında yaklaşık 20 cep kitabı yayımlama hazırlığımız var. Bu kitaplar Baromuzun Meslek İçi Eğitim Merkezinin düzenlediği seminer ve sempozyumlardan bant çözümleri biçiminde olabileceği gibi özgün de olabilecek. Şu anda CMK ve TCK uygulamalarına ilişkin çok sayıda metin elimizde, yayın için sıra bekliyor...

Başka yayınlarda buluşmak umuduyla esen kalın...

Av. Celal Ülgen

CMK SERVİSİMİZ VE MESLEKTAŞLARIMIZIN SORUNLARI HAKKINDA BİR KAÇ SÖZ

AV. KÂZIM KOLCUOĞLU
İSTANBUL BAROSU BAŞKANI

Değerli Meslektaşlarım...

Bilindiği gibi yeni yasa ile CMUK Servisimizin yerini **"CMK Servisi"** aldı. Yeni yasanın genişlettiği müdafilik kurumu ile çok sayıda meslektaşımızı **so-ruşturma** ve **kovuşturma** aşamasında bulundurmak zorundayız. 6 aylık dönemde bunu başarı ile yaptığımız kanısındayım. Ancak buna karşın çok değerli yargıç ve savcı arkadaşlarımızdan ve de emniyet mensubu arkadaşlarımızdan avukatların zamanında gelmediği konusunda bazı yakınmalar almaktayız. Tabii yeni bir yasayı hazırlarken o yasanın getireceği yüklerin ne olacağı konusunda bir altyapı çalışması yapılmalıydı. *"Ben yaptım oldu, yü-rürlüğe koyduk, sonuç nasıl olursa olsun, barodan avukat çağrılır ve yerine getirilir"* anlayışı egemen kılınırsa elbette ki bu sıkıntı çekilecektir.

Baro, holding kuruluşu değil ki, 4 000 avukatın görev aldığı, 34 adliyesi olan, bir ucundan bir ucuna 70 km'lik bir mesafeyi kapsayan ilin gereksinimlerini kolayca karşılayabilesiniz. Her telefon edişinizde *"10 dakika sonra burada avukat bulunsun"* denilirse, bu kadar kısa sürede avukat orada nasıl bulunacak? Ona haber verilecek, bulunduğu yerden hareket edecek ve 10 dakikada ulaşacak, yetişecek!..

Meslektaşlarım ulaşıyor da ne oluyor? Bir de avukatların yakınmalarını dinleyelim. *"Efendim, elimizde bekle-*

yen iş var" deniliyor. Saatlerce bekletiyor. Avukat aylak gezen, işi olmayan, bir insan mı? Avukatın da kendi görev ve sorumlulukları var. Bu görev ve sorumluluğunu kamu görevi yapma niteliğinden kaynaklandığı için özveriyle yerine getiriyor. 70 YTL para vereceksiniz, akşama kadar tutacaksınız; nasıl yapacaksınız bunu?!

Adalet Bakanlığıyla konuşuyoruz, *"CMK servisimizden iş alan arkadaşlarımıza borcumuz birikti. Ödenek gelmiyor. Anayasamıza göre angarya yasaktır. Ben meslektaşımı nasıl görevlendireceğim söyler misiniz"* Diyor ki *"Valla hi hiç düşünmedik onu, parayı Maliye Bakanlığı veriyor. Soralım Maliye Bakanlığına"*. Maliye Bakanlığı ise *"o ya-sayla düzenlendi, o kadar parası vardı, ondan başka bir kuruş para veremeyiz."* Diyor. Peki, kim verecek genç meslektaşlarımızın ücretini?

Meslektaşlarımızı görevlendiriyoruz ama aldıkları para zaten onların zamanlarının bedelini karşılayacak nitelikte ve ölçüde değil. Şimdi herkes barodan istiyor her şeyi. Yeni CMK'da Avukat olmayınca yargının tıkanacağı düzenlemeler var. Peki, ne yapacak Baro? Herkes sorununu bilmeli...

"Efendim, istedik gelmedi" dediğiniz zaman niçin gelmediğini ve niçin gelmesi gerektiği noktasındaki sorunları birlikte, açık yüreklilikle söylemek zorundayız. Kimse sorunları başkasının üzerine atarak kurtulamaz...

"Avukat istedim, yarım saat beklen-di" deniliyor. Öyle arkadaşlarımız var ki, karakolda görev yapıyorlar. *"Sen git hemen şüpheliyi gönderiyoruz"* dedikle-

ri karakollar “Efendim, adam bulamadık, gönderemedik, üç saat sonra göndereceğiz” diyorlar. Avukat da koridorda 3 saat şüphelinin gelmesini beklemek zorunda kalmaktadır.

Bir de ayrıca çok enteresan bir şey söyleyeyim size. Yakalama gözaltına almak dediğiniz zaman insanların yakalanma ve gözaltına alınma süreleri bellidir. Tabii o iki aylık süre içerisinde bu maddeye bir ek yapıldı: “Yol hariç” Bir Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı bana “bir sanığın ifadesinin alınması için yakalama kararı verdik. kişi İzmir’de yakalandı. İzmir’den İstanbul’a 7 günde getirilebildi” dedi. 7 gün... Soruyoruz “neden?” “Efendim, elimizde fazla jandarma yoktu, arabamız da yoktu. Araba bulundu, jandarma yok; jandarma bulundu araba yok” Deniliyor. Peki, insanları siz “yol hariç” diye 7 gün fazladan nasıl tutabilirsiniz?

Böyle bir uygulamayla karşı karşıya Türkiye. Yasaları çıkarıyorsunuz, ama bu yasaların altyapılarını kim yapacak, kim hazırlayacak? Bu kurumları çalışır hale kim getirecek?

Şu anda İstanbul Barosunda avukatların 3 trilyon lira kadar alacağı birikti. Biz ticari şirket miyiz, nasıl ödeyeceğiz bu paraları peki? Bakanlık “para yok” diyor. İnsanları çalışıyor, gece yarısı göreve gidiyorlar, görev istiyoruz onlardan. Peki, parasını alamayacak, görev de yapamayacak, ondan sonra da “efendim, 10 dakika sonra geldi, 20 dakika sonra geldi” diye eleştireceksiniz. Esasına baktığınız zaman bu görev yapılmayacak duruma geldi. Böyle bir şey olur mu? “angarya suçtur” diye, Anayasamıza, İnsan Hakları Sözleşmesine koyuyorsunuz, ondan sonra da “efendim, yasa öyle istiyor, yasaya göre geleceksiniz” diyeceksiniz.

İstanbul Barosu 20 000 avukatı olan bir baro, 9 000’e ve belki de 15 000’e çıkacak yakında CMK servisindeki görevlendirmeler. Bunları anında yerine getirmek, ulaşmak gerekir. Bir biçimde ulaşacaksınız; telefonla ulaşma-

ya kalkıyorsunuz. kilitleniyor. 200 hatlık yeni santral kuruyorsunuz, gene kilitleniyor. Bu yetmiyor tabii, bir biçimde yazılı olarak ulaşmaya kalktığınız zaman bakıyorsunuz, bizden avukat isteyen yazılar, duruşma gününden sonra yazılıyor ya da duruşma gününden sonraya rast geliyor.

Bu konuda sürekli olarak bakanlıktan istemde bulunuyoruz, hatta Bakanlığa bu konuda iki kez yazı yazdık; belge olsun diye yazdık, ama ne yazık ki Bakanlık bize “Maliye Bakanlığı vermiyor, siz de uğraşın” diyor. Adalet Bakanlığının yapamadığını İstanbul Barosu nasıl yapacak, nasıl para alacak dağıtacak. Böyle bir şey olur mu?..

Yeni bütçe yasası görüşülüyor, ödeneğin yüzdesinde hiçbir değişiklik yapılmadı. peki, ne olacak? Altı ayda bitti para. Önümüzdeki dönemde Altı ay da yetmeyecek, altı ay sonra ne olacak?

Bütün bunların yanında gerçekten meslektaşlarımız uzun süre beklemek durumunda kalıyorlar. Tabii Meslektaşlarımız kendi adlarına beklemekten üzülmüyor. Onlar duruşma salonlarında de saatlerce sıra bekliyorlar... Duruşma saatlerini yargıçlarımız ayarlamadı. Dosya sayısının çok olmasının arkasına hiç kimse sığınmasın. İstenirse ayarlanır. Bir çok yasa değişti. Türkiye’nin İnsan Haklarına saygılı bir Ülke olduğu imgesi verilmek isteniyor. Ama sade vatandaşlar saat 9’da adliye önüne gelip öğleden sonra üçe dörde kadar duruşma bekliyor... Avukatların gerçek üzüntüsü budur. Sanıkların, şüphelilerin, davacıların, davalıların, tanıkların beklemesi üzüyor onları. Bu konuda çok titiz olduğumuzu kamuoyu biliyor.

Sorunlara çözüm getirilmesi ve gerekli önlemlerin alınması konusunda yetkilileri yazılı başvurularımızla uyarıyoruz. Uyarılarımızı gerekirse tüm meslektaşlarımızın katılımı ile sürdürmeğimize kimsenin kuşkusu olmasın.

YAZILAR...

TÜRK BORÇLAR VE TÜRK TİCARET KANUNU TASARILARI

PROF. DR. ERDOĞAN MOROĞLU^(*)

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndan sonra Türk Ticaret Kanunu Tasarısı da Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmuş bulunmaktadır.

Borçlar ve Ticaret Kanunları, Medeni Kanun ile birlikte özel hukukun temel kanunlarıdır. Bunların dil, sistematik ve içerik bakımından birbirleriyle uyum halinde olmaları hukuk güvenliği ve uygulama kolaylığı bakımından zorunludur.

Hemen belirtelim ki, Borçlar ve Ticaret Kanunu tasarıları bakımından bu zorunluluğa uyulmuş olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Her iki tasarıda dil, sistematik ve içerik bakımından mevcut aksaklık ve uyumsuzluklar, bu tasarıları aşağı yukarı aynı zamanlarda hazırlayan Komisyonlar arasında bir işbirliği sağlanmamış olduğunu göstermektedir. Bu iş artık daha çok TBMM Adalet Komisyonu'na ve onun oluşturma-
cağı alt komisyona kalmış görünmektedir. Aşağıda, TBMM komisyonları çalışmalarına katkı oluşturmak amacıyla her iki tasarı arasında mevcut olan bazı uyumsuzluklara değinmek istiyorum.

1. Dil ve Kavram Uyumsuzluğu

İki tasarı arasındaki uyumsuzlukların başında dil ve kavram uyumsuzlukları gelmektedir. Hernekadar, yapılan eleştiriler üzerine, Başbakanlığa sunulan Türk Borçlar Kanunu tasarısında “*direnim*” yerine “*temerrüt*”, “*danışıklı işlem*” yerine “*muvazaa*”, “*onama*” yerine “*icazet*” sözcüklerine yer verilerek Türk Ticaret Kanunu tasarısı ile uyum sağlanmaya çalışılmışsa da bu yeterli olmamıştır. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu tasarısında kullanılan “*Trampa*” (Md. 23), “*Tellâl*” (Md. 102), “*icap*” (Md. 62/b), “*tevdi eden*” (Md. 429), “*âdi şirket*” (Md. 126) ve “*butlan*” (Md. 447) sözcükleri yerine Türk Borçlar Kanunu tasarısında sırasıyla “*mal değişimi*” (Md. 286 vd.), “*simsar*” (Md. 525 vd.), “*öneri*” (Md. 3 vd.), “*saklatan*” (Md. 561 vd.), “*âdi ortaklık*” (Md. 620 vd.), ve “*kesin hükümsüzlük*” (Md. 27) sözcükleri kullanılmıştır. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

(*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

2. Sistem ve İçerik Uyumsuzluğu

Türk Borçlar ve Türk Ticaret Kanunu tasarıları sistem ve içerik bakımından da uyumlu değildirler. Türk Ticaret Kanunu tasarısında yer alması gereken hükümlere Türk Borçlar Kanunu tasarısında; Türk Borçlar Kanunu tasarısında yer alması gereken hükümlere de Türk Ticaret Kanunu tasarısında yer verilmiştir. Örneğin, “*Ticari İşletme*” Türk Ticaret Kanunu tasarısının “*Birinci Kitap*”ını oluşturması ve ticari işletme ile ilgili temel hükümlerin ve bu arada ticari işletmenin devrine, birleşmesine ve şekil değiştirmesine ilişkin hükümlerin bu tasarının 11. maddesini takiben yer alması gerekirken bunlara Türk Borçlar Kanunu tasarısının 201-202. maddelerinde yer verilmesi doğru olmamıştır.

Yine, Türk Borçlar Kanunu tasarısının 547-554 üncü maddelerinde yer alan ticari mümessil ve ticari vekile ilişkin hükümlere Türk Ticaret Kanunu tasarısında “*Tacir*” hakkındaki hükümleri takiben yer verilmesi gerekirdi. Çünkü, ticari mümessil ve ticari vekil tâcirin yardımcısı ve onunla birlikte ticari işletmenin kişi unsurunu oluşturmaktadırlar.

Gerçi, yukarıda belirtilen sistem hataları İsviçre’den iktibas edilen ve hâlen yürürlükte olan Borçlar Kanunu’nda da vardır. Ancak, İsviçre’deki düzenleme, Borçlar Kanunu’ndan ayrı bir Ticaret Kanunu bulunmaması nedeniyle bir ölçüde kabul edilebilir bir durumdur. Buna rağmen, yukarıdaki hükümlerin Borçlar Kanunu’nda yer alması bu ülke öğretisinde de tartışma konusu yapılmıştır. Türk hukukunda, sözkonusu hükümlerin Borçlar Kanunu’nda yer almasını gerekli kılacak herhangi bir neden yoktur.

Öte yandan, Türk Ticaret Kanunu tasarısının 23. maddesinde yer alan “*Ticari satım ve Trampa*”ya ilişkin hükümlerin, ticari satış ve trampaya ilişkin diğer özel düzenlemeler gibi (Bkz. Md.217/II; 235; 238/III; 267/son; 276) Türk Borçlar Kanunu tasarısının satım ve trampa sözleşmelerine ilişkin hükümleri arasında yer alması gerekirdi.

3. Ortak Konuların Düzenlenmesinde Uyumsuzluk

Türk Borçlar ve Türk Ticaret Kanunu tasarılarında ortak konularda da her zaman uyumlu ve yeterli bir düzenleme yapılamamış olduğu görülmektedir. Örneğin, para borçlarında faiz konusu her iki tasarıda da olması gerektiği şekilde düzenlenmediği gibi, Türk Borçlar Kanunu tasarısında yer alan haksız rekabete ilişkin 56. madde hükmü de gereksizdir.

a) Faiz Düzenlemesi

Aslolan, faize ilişkin temel hükümlerin Borçlar Kanununda, ticari faize ilişkin hükümlerin de Ticaret Kanununda yer almasıdır. Ancak, Türk Borçlar Kanunu tasarısında faize ilişkin temel hükümlerin pek azına yer verilmiş (Bkz. Md. 87; 120/son), diğerleri 3095 sayılı Faiz Kanununda bırakılmıştır (Bkz. Md. 2; 3; 4; 4/A). Ticaret Kanunu’nun ve diğer mevzuatın faize ilişkin özel hükümlerinin saklı olduğu belirtilmemiştir. Diğer mevzuata sadece “sözleşmede belirtilmeyen faiz oranı için” yollama yapılmıştır.

Yapılması gereken düzenleme, 87. maddede

- Sözleşmede belirtilmemişse yıllık anapara ve temerrüt faizi oranının yüzde oniki olduğu ve Bakanlar Kurulu'nun bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkili olduğu;
- Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranının yıllık kanuni faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacağı;
- Anapara ve temerrüt faizine faiz yürütülemeyeceği;
- Sözleşmede daha yüksek anapara veya temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa, yabancı para borcunun faizinde Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranının uygulanacağı;
- Türk Ticaret Kanunu ve diğer mevzuat hükümlerinin saklı olduğu hükümlerine yer verilmesi; gereksiz tekrarın önlenmesi bakımından 120. maddenin son fıkrası hükmünün tasarıdan çıkarılması ve 646. maddeye 3095 sayılı Faiz Kanununun yürürlükten kaldırılmış olduğu hükmünün eklenmesidir.

Buna göre, Türk Borçlar Kanunu tasarısının 87 ve 647. maddeleri hükümleri şöyle olmalıdır:

“5. Faiz

Madde 87. Anapara ve/veya temerrüt faizi oranı sözleşmede veya diğer bir şekilde belirlenmemişse yıllık yüzdeonikidir. Bakanlar Kurulu bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir.

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı yıllık kanuni faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz.

Anapara ve temerrüt faizine faiz yürütülemez; Türk Ticaret Kanununun 9. maddesi hükmü saklıdır.

Sözleşmede daha yüksek anapara ve/veya gecikme faizi belirlenmemişse yabancı para borcu faizinde Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır.

Türk Ticaret Kanunu ile diğer mevzuatın faize ilişkin hükümleri saklıdır.”

“Yürürlükten Kaldırılan Kanunlar

Madde 647.

22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu ile *(ticari işlere ilişkin hükümleri saklı olmak koşuluyla)*⁽¹⁾ 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanunu Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.”

(1) Parantez içindeki ibare Borçlar Kanunu tasarısının Türk Ticaret Kanunu tasarısından önce kanunlaştırılacağı düşüncesiyle ve kanun başlığına yol açılmaması amacıyla eklenmiştir.

Bu takdirde, Türk Ticaret Kanunu tasarısının 8. vd. maddelerinin yeniden ele alınarak

- Ticari işlerde anapara ve temerrüt faizinin serbestçe belirlenebileceği ve buna sınırlama getiren diğer mevzuat hükümlerinin saklı olduğu;
- Sözleşmede belirtilmemişse yıllık faiz oranı ve Bakanlar Kurulu'nun bu oranı belli ölçülerde azaltıp çoğaltabileceği;
- Temerrüt faizinin işlemeye başladığı tarihte TCMB'nın kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı kanuni temerrüt faizi oranından fazla ise temerrüt faizinin bu oran üzerinden istenebileceği; Keza, temerrüt faizi oranının sözleşmede belirlenmemiş olduğu hallerde kanuni faizin üstünde olan anapara faizinin esas alınacağı;
- Üç aydan aşağı olmamak üzere faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartının, yalnız cari hesaplarla borçlu bakımından ticari iş mahiyetini haiz olan karz akitlerinde geçerli olduğu;

yolunda düzenleme yapılması gerekecektir.

Bu açıklamalara göre Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 8 ve 9. maddeleri hükümleri şöyle olmalıdır:

“III. Ticari İşlerde Faiz

1. Faiz Oranı

Madde 8 (1). Ticari işlerde anapara ve temerrüt faizi oranları serbestçe belirlenebilir. Buna sınırlama getiren diğer mevzuat hükümleri saklıdır.

(2) Sözleşmede veya diğer bir şekilde belirtilmemişse yıllık anapara ve temerrüt faizi oranı yüzde onikidir. Bakanlar Kurulu bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir.

(3) Temerrüt faizinin işlemeye başladığı tarihte Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı kanuni temerrüt faizi oranından fazla ise, sözleşilmiş olmasa bile, temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir⁽²⁾.

(4) Temerrüt faizi oranının sözleşmede belirlenmemiş olduğu hallerde, anapara faizi oranı kanuni faiz oranının üstünde ise, temerrüt faizi anapara faizinden az olamaz.

2. Birleşik Faiz

Madde 9. Üç aydan aşağı olmamak üzere faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartı, yalnız cârî hesaplar ile borçlu yönünden ticari iş niteliğindeki ödünç sözleşmelerinde geçerlidir.”

(2) Yüksek ve hızlı enflasyon döneminin geride kaldığı düşüncesiyle 3095 sayılı Faiz Kanununun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrası hükmü yukarıdaki şekilde değiştirilmiştir.

b) Haksız rekabet Düzenlemesi

Türk Borçlar ve Türk Ticaret Kanunu tasarılarında ortak konularda her zaman uyumlu düzenleme yapılmamış olduğu tesbitime ikinci örneği Türk Borçlar Kanunu tasarısının 56. maddesi hükmüyle Türk Ticaret Kanunu tasarısının 54-63. maddelerinin haksız rekabete ilişkin hükümleri oluşturmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu tasarısının Adalet Bakanlığı'na yayımlanan ilk metninde yer almayıp tasarımı hazırlayan komisyon tarafından sonradan eklenen 56. madde hükmüne göre

“Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilânların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun ağırlığı halinde zararın giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır”.

Türk Ticaret Kanunu tasarısında ise, haksız rekabet on maddede geniş bir şekilde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelerle, yapay “Ticari olan/ticari olmayan haksız rekabet” ayırımının sürdürülmek istendiği anlaşılmaktadır. Bu doğru bir yaklaşım değildir. Bir kere, haksız rekabet ve onu düzenleyen hukuk kuralları arasında ticari nitelikte olup olmamalarına göre bir ayırım yapmanın haklı bir gerekçesi yoktur. Haksız rekabet ister bir tacir tarafından, isterse bir avukat, hekim veya esnaf tarafından yapılsın haksız eylem olarak aynı niteliktedir; farklı hükümlere tâbi tutulmasının bir anlamı yoktur. Doğru olan, İsviçre’de ve Almanya’da olduğu gibi, haksız rekabeti genel olarak düzenleyen bir kanunun çıkarılmasıdır⁽³⁾.

Ayrıca, Türk Borçlar Kanunu tasarısının ticari olmayan haksız rekabete uygulanacak olan 56. maddesi hükmü çok eksik ve yetersizdir. Türk Ticaret Kanunu tasarısında yer alan ticari haksız rekabete ilişkin 55 ilâ 63. maddeler hükümleri, ticari olmayan haksız rekabet içinde geçerli ve gereklidir. Bu aşamada genel bir haksız rekabet kanununun hazırlanıp yürürlüğe konulmasının güçlüğü karşısında yapılması gereken düzenleme, 56. maddenin mevcut hükmü yerine,

(3) Borçlar Kanunu’nun 48 inci ve tasarının 56 ncı maddesine kaynak olan İsviçre Borçlar Kanunu’nun 48 inci maddesi 30.Eylül.1943 tarihli Haksız Rekabete Dair Federal Kanun ile yürürlükten kaldırılmış ve bu kanunun yerine de, hâlen yürürlükte olan 19.Aralık.1986 tarihli Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun yürürlüğe konulmuştur. Her iki Federal Kanunda haksız rekabeti genel olarak düzenlemiştir. Hukukumuzda ise, gerek 1926 tarihli mülga Ticaret Kanunu ve gerekse 1956 tarihli yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu zamanında haksız rekabet düzenlemesindeki ikilem sürmüş ve hatta 6763 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Mer’iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun’un 41/a maddesiyle Borçlar Kanunu’nun 48 inci maddesine eklenen “Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır” hükmüyle söz konusu ikilem pekiştirilmiştir.

“Türk Ticaret Kanunu’nun haksız rekabete ilişkin hükümleri, uygun düştükleri ölçüde, ticari nitelikte olmayan haksız rekabet hakkında da uygulanır.”

hükmüne yer verilmesi olmalıdır. Böylece, “Ticari olan ve olmayan haksız rekabet” ikilemi de kolayca aşılmış olacaktır.

4. “Butlan” Yerine Kullanılan “Kesin Hükümsüzlük” Terimi

Türk Borçlar Kanunu tasarısının 27. maddesinde “*butlan*” terimi yerine “*kesin hükümsüzlük*” terimi kullanılmıştır. “*Butlan*” sözcüğü arap kökenli ve günlük dilde anlaşılması güç bir sözcük olmakla beraber, hukukumuzda öğretide ve uygulamada yaygın olarak kullanılan teknik bir terimdir. Bu terimi hukukla uğraşmayanların anlamaları da şart değildir. Bu nedenle, kamuoyunda kabul gören öz-türkçe bir terim ortaya çıkmadan değiştirilmesi doğru olmamıştır.

Ayrıca, hukukta “*kesin hükümsüzlük*” sadece “*butlan*”dan ibaret değildir. “*keenlemyekün*” yâni “yok” olan bir işlem de kesin hükümsüzdür. Ve bu iki kesin hükümsüzlük hali nitelik ve hükümleri bakımından birbirinden farklıdır. Bâtıl bir işlem, unsurları itibariyle meydana gelmiş olmakla beraber içeriği bakımından başlangıçtan itibaren hiçbir hüküm doğurmayan bir işlemdir. “*keenlemyekün*” yâni “yok” olan işlem ise, onu oluşturan unsurlardan birinin noksan olması nedeniyle meydana gelemeyen bir işlemdir. Örneğin, bir satım sözleşmesinde “*icap*” ve/veya “*kabul*” unsuru yoksa, satım sözleşmesi yoktur. Buna karşılık, konusu uyuşturucu satımı olan bir sözleşme icap ve kabul unsurları mevcut ve şeklen kurulmuş ve mevcut olsa bile, konusu bakımından ahlâka ve adaba aykırı ve suç oluşturmaması bakımından kesin olarak hükümsüz, yâni bâtıldır.

Buna göre, “*kesin hükümsüzlük*” terimi yerine (en azından şimdilik) “*butlan*” sözcüğünün kullanılmasına devam edilmesi isabetli olacaktır.

5. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın 646. Maddesi Hükümü

Türk Borçlar ve Türk Ticaret Kanunları tasarılarıyla ilgili olarak üzerinde durmak istediğim son konu, Türk Borçlar Kanunu tasarısının 646. maddesinin “*Bu Kanun 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Beşinci Kitabı olup onun tamamlayıcısıdır*” hükmüdür.

Bir kere, bu hüküm Tasarının metni ve sistematigi ile çelişmektedir. Gerçekten, tasarı Türk Medeni Kanunu’nun Beşinci Kitap’ı olarak değil bağımsız bir kanun olarak hazırlanmıştır. Türk Medeni Kanunu’nun diğer dört kitabında olduğunun aksine, madde numaraları teselsül etmemekte birinci maddeden başlamaktadır.

Ayrıca, “*Türk Medeni Kanunu’nun Beşinci Kitap’ı olmak*” bu kanunun “tamamlayıcısı” olmak hükmüne ilâve bir hukuki sonuç getirmemektedir. Üstelik, yürürlükteki Borçlar Kanunu’nun 544. maddesinin “*Kanunu me-*

deninin mutemmini olan işbu kanun....” hükmü 80 yıllık uygulamada herhangi bir hukuki sorun da çıkarmış değildir.

Görüşümce, 646. madde hükmü *“Bu Kanun 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun tamamlayıcısıdır”* şeklinde düzeltilmelidir.

6. Sonuç Olarak

Türk Borçlar ve Türk Ticaret Kanunları tasarılarının dil, sistematik ve içerik bakımlarından uyumlu hale getirilmesi özellikle hukuk güvenliği açısından zorunludur. Ayrıca, Borçlar Kanunu’nun Türk Ticaret Kanunu’na göre daha genel bir kanun olduğu ve Türk Ticaret Kanunu tasarısında bu kanunun maddelerine yollamalar yapılmış olması gözönünde tutularak, eğer her iki tasarı komisyonlarda birlikte ele alınamayacaksa, önce Türk Borçlar Kanunu tasarısının ve arkasından da Türk Ticaret Kanunu tasarısının kanunlaştırılması daha doğru olacaktır.



AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU^(*)

PROF. DR. SELÇUK DEMİRBULAK

Avrupa Birliği Hukuku şu anda 25 üyeden oluşan Avrupa Birliğinin 455 milyon nüfusa sahip ve 4,5 milyon kilometrekarelik bir alanda uygulanmaktadır.

Avrupa Birliği Hukuku, *Avrupa Kömür Çelik Topluluğu*, *Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu*, *Avrupa Ekonomik Topluluğunun* kuruluş antlaşmaları çerçevesinde üye devletlerin kendi aralarındaki ve *Toplulukla* olan ilişkilerini düzenlemektedir.

Avrupa Birliği Hukuku veya bir başka deyişle *Acquis Communautaire*, yorumda birlik sağlamak amacıyla Avrupa Birliği Adalet Divanının yorum tekelinde ve hukuk güvencesindedir.

Avrupa Birliği Hukuku bizim hukukumuzun da dayandığı *Romano-Germen* temeli yanında olay hukuku veya karar hukuku dediğimiz "*Case Law*" temeline dayanmaktadır. Yeni üyelerin de (elbette ki sosyalist blokun eski üyelerinin de) katılımıyla sosyalist hukuktan da etkilenecektir. Yani bir başka deyişle *Acquis Communautaire*, bir yanda *standstill* bir *anglo-sakson* kuralının yanı sıra, Alman ya da İspanyol kurumunun bulunduğu hukuktur.

Avrupa Birliği Hukuku *supra-national* karakteri ile nevi şahsına mhasus bir hukuktur. Bu itibarla, *Devletler Umumi Hukuku* ile karıştırılmamasında büyük yarar vardır. Zira, hepimizin bildiği gibi *Devletler Umumi Hukukunda* egemenlik hakkına istinaden devletlerarası hak ve yararlar düzenlenirken *Avrupa Birliği Hukukunda* üye devletler yetkilerinin bir kısmını *supra-national* (ulusal üstü) kurumlara devretmiştir, bu itibarla bu organlar kanalıyla yetkiler kullanılmaktadır. *Supra-national* hukuk anlayışı gereği üye devletlerin yanı sıra kurumlar ya da hak ve yararları olması durumunda gerçek ve tüzel kişiler de burada dava ikame hakkını haizdirler.

Bu hukuk *Acquies Communautaire* Avrupa Birliği müktesebatı bir anlamıyla maddi, diğer anlamıyla usuli ve bir başka yönüyle de kurumsal kurallar içermektedir.

(*) Türkiye Barolar Birliği ile İngiliz ve Galler Barolar Birliğinin Ankara'da hazırladıkları ortak toplantıda yapılan konuşmanın geniş özeti.

Maddi kurallardan kasdedilen; kişi, mal, hizmet ve sermayenin serbest dolaşımı, rekabetin korunması, ortak hukuk ve hukuki uyumlaştırma gibi kurallar bütünüdür.

Usûl hukukundan kasıt ise; divan bünyesinde uygulanan yöntem.

Bir de üye ülkelerde vatandaşlarını ve topluluk kurumların muhatap alan kuralları da *kurumsal kurallar* adı altında toplamak olasıdır.

Avrupa Birliği Hukukunun, ikincil hukuk diye biraz sonra açıklayacağım *hukuki tasarrufları* Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlandıktan 20 gün sonra eğer aksine bir koşul yok ise yürürlüğe girer.

Resmi Gazetenin "L" serisinde ikincil hukuk, yani *tüzük, yönerge, karar örnekleri, hatta bağlayıcı olmayan tavsiye ve görüşler, "C" serisinde divan ve bizdeki Asliye Hukuk Mahkemeleri görevini yapan ilk derece mahkemesi bidayet mahkemesi kararları, denetleme kurulu raporları, parlamento tutanakları ve diğer kurumların yayınladığı raporlar, "S" serisinde de ihale duyuruları* yer alır.

Avrupa Birliği Hukuku temeli itibarıyla kamu ekonomisine ve kamu ekonomisinin (makronun) ufak bir parçası olan *kamu maliyesine* dayanır. Çatısı ise hukuktur. Zaten tarihsel süreç öncelikle ekonomik entegrasyon, bilahare hukuksal ve nihai olarak da siyasal entegrasyondur.

Adalet Divanı kararları irdelendiği zaman; *eşitlik, ölçülülük, hukuki güvenlik* genel ilke olarak gözümüze çarpar.

Kazanılan haklar, mesleki sır saklama, tabi hakim ilkesi, usulüne göre işlem, hukuki güvenlik kapsamı içindedir.

Dürüstlük, eşit işlem, özen gösterme genel hukuk ilkeleri arasındadır. Elbetteki şüphesiz temel insan hakları da Avrupa Birliği hukukunun genel ilkelerindendir.

Avrupa Birliği hukukunun birincil hukukunu oluşturan kurucu antlaşmalarda ayrımcılık' yasağı, örnek vermek gerekirse kadın-erkek arasında eşit işe, eşit ücret, eşitlik ilkesi kapsamındadır.

Kurucu antlaşmalar üye ülkelerin hukuk düzenleriyle, ortak genel hukuk ilkeleri, hukuka uygunluk, hukuk normları ile hukukun genel ilkelerine atıf yapmaktadır. Divan kararları, din ve vicdan özgürlüğü, mülkiyet olarak görülmektedir divan kararlarında.

Elbette ki kamu yükünün amacıyla orantılı olarak yansıtılması, bir başka deyişle müteneasplik veya ölçülülük Divan tarafından tanınan hukukun genel ilkelerindendir.

Müktesebatın kaynakları ise, özellikle birincil hukuk ve kurumların yarattığı hukuki tasarruflar yani ikincil hukuktan oluşmaktadır. Elbette ki diğer kaynakları da biraz sonra belirteceğiz.

Kuruluş antlaşmalarının oluşturduğu birincil hukuk, topluluk organlarının hukuki tasarruflarının oluşturduğu organ hukuku, Avrupa

Birliğı Adalet Divanı tarafından tanınan hukukun genel ilkeleri, divanın kararları, üye olmayan ülkelerle yapılan uluslararası antlaşmalar, ki bu arada bizim 12 Eylül 1963 tarihinde akdettiğimiz Ankara Antlaşması, 1971 tarihinde akdedilen Katma Protokol veya iki gün önce Avrupa Birliğı komisyonuna gönderilen Ankara Antlaşmasını genişleten ek protokol da bunların arasındadır. Diğer kaynaklar da *teamüller* ve öğretilerdir.

BİRİNCİL HUKUK

Birincil hukuk kavramını açmak gerekirse; toplulukların ve Avrupa Birliğı'ni kuran antlaşmaları, yani *Roma, Tek Senet, Maastricht, Amsterdam*, bütün bunları, ki bunların tümünün yanında ekler, protokoller gibi devletlerarası nitelik taşıyan ve üye devletlerin onayına tabi tutulan kurucu antlaşmaları anlamak gerekir.

Birincil hukuk herhangi bir işleme tabi olunmadan, yani teknik deyimle üye devletlerin uyrukluğunu taşıyanlara veya üye devletlerde ikamet edenlere doğrudan uygulanmaktadır.

İKİNCİL HUKUK

Antlaşmaların verdiği yetkiler uyarınca Avrupa Birliğı kurumları tarafından gerçekleştirilen hukuki tasarruflar, yani tüzük, yönerge (*kimi zaman bizde direktif deniliyor yönerge doğru bir kavram bence*), karar, tavsiye ve görüşleri de ikincil hukuk olarak anlamak gerekir.

Tüzük ve yönergeler birer yasama işlemidir. Halbuki kararlar ve görüşler ve tavsiyeler idari tasarruflardır. Avrupa Birliğı'nde ortak hukuk konulmak istenince tüzük; hukuk uyumlaştırılması tercih edilince de yönerge kullanılmaktadır. Tüzüklerin doğrudan etkisi tamdır. Ayrıca tüzükler kendilerine aykırı ulusal mevzuatı o konuyla ilgili *süspan* (askıda) tutarlar, bir anlamda yürürlükten kaldırırılar.

Yönergeler ise, yönertildikleri amaç açısından bağlayıcıdır.

Yönergeler, üye ülkeler tarafından şekil ve yöntemleri kendilerince belirlenerek makul sürede iç hukuka aktarılırlar ya da bir başka yöntemde, iç hukuk yönergeye göre düzenlenir. Buradaki makul süre olarak iki, azami iki yılı anlamakta yarar vardır.

Ortak hukuk konulmasında en önemli etken olan Avrupa Birliğı ikincil hukukunun tüzüğü genel geçerliliğe sahiptir. Tümöyle bağlayıcıdır ve her üye devlette doğrudan uygulanır. Yatay ve dikey etkilere sahiptir, yani haklar devlete karşı yöneltilirse *dikey*, gerçek ve tüzel kişilerin diğer gerçek ve tüzel kişilere yönelmesi, yönelmesi durmunnda ise *yatay* etki-den sözedilir.

Doğrudan uygulama ise, üye ülkeler tarafından herhangi bir işleme tabii tutmadan yahut onaylamadan AB'de tüm kurum, kuruluş ve organlar için geçerlilik taşıması ve üye devlet uyruğunda olanlara veya üye devlette yerleşik olan tüm gerçek ve tüzel kişilere uygulanmasıdır.

Yönerge amaç açısından bağlayıcı iken, elbetteki şekil ve yöntemlerin ulusal devletlere bırakılması, bağlayıcılığı sınırlı tutulmaktadır. Yönerge-nin ulusal hukuka, iç hukuka kazandırılması uygulama işlemi olarak tanımlanır, bu işlemin açık olması ve ulusal hukukta tam ve eksiksiz uygulanması gerekir.

Yönergelerin şartlara bağlı olan doğrudan etkilerinin yanında diğer bir bağlayıcı olabilen hukuki tasarruf da kararlardır. Kararlar kime yöneltilmişlerse bireysellik özelliği nedeniyle onu bağlarlar.

Kararlara örnek vermek gerekirse, bizde yanlış olarak tanımlanan *Gümrük Birliği Antlaşması* bir antlaşma değil karardır. Şu anda da gündemimizde olan genişletilmesi için ek protokolün söz konusu olduğu *1/95 Sayılı Gümrük Birliği* karardır.

Tavsiye ve görüşler ise bağlayıcı değildirler, ama oluşmakta olan hukuk konusunda birer gösterge olarak addetmekte yarar vardır.

Kaynaklardan bir diğeri de Avrupa Birliği Adalet Divanının Kararlarıdır. Bu kararlarda, yaratılan içtihatlar Avrupa Birliği hukuku kaynaklarının temellerinden biridir.

Adalet Divanının yorum ve uygulamalarında Avrupa Birliği Hukukunun *mütemmim cüzü olan*, ayrılmaz parçası olan üye olmayan ülkelerle yapılan antlaşmalardır. (*Bizi ilgilendirmesi dolayısıyla demin vurguladığım 1963 tarihli rahmetli İsmet Paşa'nın imzaladığı Ankara Antlaşması, 1971 tarihli Katma Protokol, Avrupa Birliği hukukunun kaynaklarıdır.*) Bunun yanında yazısız hukuk kurallarının oluşturduğu *teamüller* ve Avrupa Birliği hukuku ile ilgili bilimsel çalışmaların oluşturduğu öğreti de Avrupa Birliği hukukunun kaynaklarındandır.

Devamlı Avrupa Birliği kurumlarından sözettim, Avrupa Birliği kurumları şu anda onay sürecinde olan, henüz onay süreci bitmemiş olan Avrupa Birliği Anayasası devreye girinceye değin beş adet olarak sayılmıştı, kote edilmişti. Bunlar; *Bakanlar Konseyi, Komisyon, Avrupa Parlamentosu ve Adalet Divanı*, ki bunların dördü de kalıyor, bir diğeri *Hesap Mahkemesi*. Tabii bu kurum Avrupa Birliği Anayasası ile kurum vasfını yitirmekte bu kurumun, turnak içinde söylüyorum, mahkeme işlevi yoktur. Kararlarının tenfiz yeteneği yoktur, daha çok denetim işlevini görmektedir. Buna bizde kimi zaman *Sayıştay* denmekte, Sayıştay bize özgü bir kurum, Anayasamızın da yargı bölümünde yer almakta...

BAKANLAR KONSEYİ

Avrupa Birliği'nin kurumsal yapısında yasama işleviyle yükümlü ve sınırlı ölçüde yürütme erkini kullanan ve üye devletlerin kendilerini taahhüt altına sokacak bakan düzeyinde temsil edildikleri bir *Bakanlar Konseyi* var. Bunun Türkçesi şu: Her ne kadar Avrupa Birliği uluslarüstü bir anlayışa sahipse de, orada ulusal çıkarların korunabilmesi, o dengenin yaratılabilmesi için Bakanlar Konseyinde her üye devlet kendisini taah-

h t altına sokan Bakan düzeyinde bir kişi tarafından temsil edilir. Yasama organı da ağırlıkla bu konseydir.

AVRUPA KOMİSYONU

Eğer olaya diğer kurum açısından bakarsak, yani Avrupa Komisyonu açısından bakarsak; Avrupa Komisyonu da konseyin delege etmesi koşu-
luyla sınırlı ölçüde yasama fonksiyonunu icra ederken özellikle yürütme işlevini görmektedir. *Komisyon*, Avrupa Birliği'nin bürokrasisinin özünü teşkil etmekte, 36 genel müdürlük ve 19 daimi komite ile bu işlevi yerine getirmektedir. Yani, komisyonun görevi de entegrasyonu tam olarak gerçekleştirmektedir. Ulusalüstü *yararları* korumaktadır. Bir yanda ulusal yararlar, diğer yanda ulusalüstü yararlar, bunların dengesi bu iki kurum arasında sağlanırken, giderek temelde bir demokratik platform oluşmaktadır. *Montesquieu*'n n yaptığı klasik  l  ayırımından farklı olarak Avrupa Parlamentosu süreç içinde *Tek Senet*'le (*Single Act*) 1987'de başlayarak, daha sonra *Maastricht* ve günümüzde de Avrupa Birliği Anayasası ile giderek yasama işlevi konusunda g  kazanmaktadır.

Avrupa Birliği hukuku dinamik bir hukuk olduğu için önümüzdeki yıllarda ne olacağını elbetteki hep birlikte göreceğiz.

ADALET D VANI

Diğer kurum, Adalet Divanıdır, ki enteresan bir çalışma sistemi var Divanın. Yargılarının yanında Hukuk Sözcüleri de bulunur. (*Bizde savcı diye tercüme edilen, ama özünde kamu yararı burada bahse konu olmadığı için, savcı deği de Avocat General olarak adlandırılan bu kişileri birer hukuk sözcüsü olarak tanımlamak daha doğru olur inancındayım.*)

Konulara daha detaylı bakarsak, demin dediğim gibi Konseyin temsil ettiği ulusal yararlarla, ulusalüstü yararları temsil eden komisyon Avrupa kamuoyunu temsil eden *Avrupa Parlamentosu* tarafından topluluk yöntemi anlayışı çerçevesinde demokratik olarak denetlenir.

Burada hukuki güvenceyi de, hukuki yorum tekeline elinde tutan *Adalet Divanı* sağlar. Avrupa Topluluğunun kurucu antlaşmasında Parlamento, Konsey, Komisyon, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Hesap Mahkemesi olarak kote edilmiş olan kurumlar "*retifikasyon*" (Onay) sürecinde olan Avrupa Birliği Anayasasında denetim kurumu Avrupa Konseyi ile yer değişirmiştir. Bu kurumların dışında kalan organlar kurucu antlaşmalarda  ng r len *Daimi Temsilciler Komitesi*, *Ekonomik ve Sosyal Komite*, *Bölgeler Komitesi*, *Avrupa Yatırım Bankası*, *Avrupa Para Enstitüsü*, *Avrupa Merkez Bankası* ve kurumlar tarafından oluşturulan organlar olarak iki bölümde yorumlanmak durumundadır.

Avrupa Birliği kurumlarını daha ayrıntıyla irdelediğimizde, yasama faaliyetini yaygın biçimde kullanan *Bakanlar Konseyinde* genellikle *nitelikli çoğunlukla* yasama etkinliğinin gerçekleştiğini görmekteyiz. Ama şu andaki eğilim Avrupa Birliği Anayasasında da bu konuda genişletilen bir

başka yöntem de gündemdedir. O da ortak karar alma yöntemi. Uzlaşma Komitesinin kullanıldığı durumlar da ayrı durum arz etmektedir.

Avrupa Komisyonunun önerilerinin değiştirilerek karara bağlanması, *Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi* tarafından sadece oybirliği ile mümkündür. Komisyonun hazırladığı tasarıları yasallaştıran Bakanlar Konseyi, Avrupa Parlamentosunun önerilerini de karara bağlar, ayrıca Avrupa Birliği'nin dış politikasını saptar.

Kurucu antlaşmanın 148. maddesi uyarınca Bakanlar Konseyinde kararlar *basit çoğunlukla*, *nitelikli çoğunlukla* ya da oybirliğiyle alınır.

Basit çoğunlukta üye ülkeler birer oyla temsil edilirken, nitelikli çoğunlukta üye ülkeler ekonomik güçleri, demografik yapılan dikkate alınarak 4 ila 29 arasında değişik oy kullanma hakları vardır. Örnek vermek gerekirse; 80 milyonluk Federal Alman Cumhuriyeti 29 oyla temsil edilirken, 350-400 bin nüfuslu Lüksemburg dört oyla temsil edilmektedir. Nitelikli oyda toplam oy sayısı 321'dir. İki üyenin de katılmasıyla yanılmıyorsa bu 345'e çıkacaktır, 1.1.2007'den itibaren, yani 27 üyeli AB'de.

Evet, işbirliği ve ortak karar alma yöntemlerinin dışında öneri yöntemi söyleyebiliriz, bir başka yöntem olarak. Organ hukukuna ait tüzük ve yönergeler Avrupa Komisyonunun yasama sürecini önerileriyle başlamasıyla olasıdır. Elbetteki bu hazırlık sürecinde Komisyon, üye ülke uzmanlarına danıştığı gibi, öneriyi kendi üyeleri arasında da tartışmaya açar. Öneri basit çoğunlukla kabul edilince de Bakanlar Konseyine sunar. Konsey siyasi konuları Parlamente'ye danışmak zorundadır, bunun dışındaki konularda Parlamente'ye danışmak ihtiyaridir. Parlamentonun yazılı görüşü Bakanlar Konseyine sunulduktan sonra, Komisyon Parlamonto ve ekonomik ve sosyal komiteye danışır, öneriyi Bakanlar Konseyine götürür.

Konsey bünyesinde olan daimi temsilciler grubu ve çalışma grubu incelemelerini bitirdikten sonra Bakanlar Konseyi karar alır ve Resmi Gazetede aksine hüküm yok ise 20 gün sonra yürürlüğe girecek biçimde yayınlanır.

Bir başka yöntem, kurucu antlaşmanın 252. maddesi uyarınca 1987 tarihli *Avrupa Tek Senedi* tarafından getirilmiştir ki bu da işbirliği yöntemidir. Avrupa Birliği Komisyonunun hazırladığı öneri tüm önerileri hazırlayan Komisyondur daima. Yani süreç *Komisyonun* önerisi ile başlamakta ve Avrupa Parlamentosu, Ekonomik ve Sosyal Komite, *Komisyonun* bu görüşüne karşı görüş bildirdikten sonra *Komisyonun* nitelikli çoğunlukla ortak tutum benimsediği görülür. Ortak tutum parlamente'ye bildirilir, parlamento üç ay içerisinde ya ortak tutumu benimser veya tavır almaz veya mutlak çoğunlukla, salt çoğunlukla ortak tutumu değiştirir.

Avrupa Birliği Konseyi de ortak tutumu benimseyebilir veya mutlak çoğunlukla ortak tutumu komisyon değiştirirse Konsey sadece oybirliği ile karar alabilir.

Komisyon bir aylık süre içinde Avrupa Parlamentosunun değişiklik önerilerine kabul veya reddeder. Bu değişiklik önerileri hakkındaki görüşünü konseye sunar ve konsey de üç aylık süre zarfında değişiklikleri oybirliği ile kabul eder veya karar almaz, öneri reddedilir.

Komisyon incelediği öneriyi nitelikli çoğunlukla kabul edebildiği gibi oybirliği ile değiştirilebilir.

Birde 1993 tarihindeki Avrupa Birliğini kuran antlaşma gereği 251. maddeyle getirilen ortak karar alma yöntemi vardır ki Avrupa Birliği Anayasası bu ortak karar alma alanını sürekli genişletmektedir. Böylece Avrupa Parlamentosuna da bir demokratik meşruiyet kazandırma amacı güdülmektedir.

Bu yöntemde Parlamente'nin görüşünü alan komisyon öneriyi Bakanlar Konseyine ve Parlamente'ye sunar. Nitelikli çoğunlukla, ortak tutumu belirleyen Konsey ortak tutumu Parlamente'ye sunar ve Parlamente eğer üç ay içerisinde bunu benimser veya görüş bildirmezse bu takdirde Bakanlar Konseyi ortak tutumu kabul eder. Eğer Parlamente salt çoğunlukla ortak tutumda değişiklik yapılmasını önerir ve Bakanlar Konseyi ve Komisyona bunu bildirirse Konsey üç ay içerisinde nitelikli çoğunlukla değişiklik önerilerini kabul edebilir. Eğer Komisyon olumsuz görüşte ise Konsey ancak oybirliği ile karar alır. Veya Konsey değişiklik önerilerini reddeder.

Bakanlar Konseyi Başkanı ve Avrupa Parlamentosu Başkanı ile birlikte eğer ortada ret konusu varsa uzlaştırma komitesini toplantıya çağırır.

Parlamento açısından bakıldığında, üyelerinin mutlak çoğunluğuyla ortak tutumu reddetme eğilimi olduğu Konseye bildirildiği takdirde, Konsey bu uzlaştırma komitesini toplantıya davet edebilir yada Parlamento mutlak çoğunlukla ortak tutumu reddettiğini onaylar ve bu şekilde öneri reddedilmiş olur.

Eğer uzlaştırma komitesi Konsey üyelerinin nitelikli çoğunluk ve Parlamente temsilcilerinin basit çoğunluğuyla ortak bir proje üzerinde antlaşmaya varırsa, Komite altı haftalık bir süre içinde ortak metni kabul veya reddeder. Veya Konseyin nitelikli çoğunlukla Parlamente'nin önerdiği değişiklikleri içeren ortak tutumunu onaylar.

Burada görüldüğü gibi son söz sürekli Bakanlar Konseyindedir. Yani ulusal yaraları savunan Bakanlar Konseyindedir. Bakanlar Konseyi genel sekreteri son derece sempatik bir kişidir, İspanyol "Solana" somutlaştırmak gerekirse şu anda ortak dış işleri ve güvenlik politikasından sorumlu yüksek temsilci unvanını taşıırken, Avrupa Birliği Anayasası 25 üye ülkede onaylanma süreci bittikten sonra Avrupa Birliği Dışişleri Bakanı unvanına sahip olacaktır.

Konsey nitelikli çoğunlukla karar alır dedik şu andaki konumuyla, ama ortak karar almaya doğru bir genişleme var dedik. Konseyin oybirliğiyle karar aldığı alanlar vardır, niteliği gereği, özellikle egemenliğin yo-

ğunlaştığı kamu hukukunda. örneğin vergi hukuku konusunda veya dış politika alanlarında konsey oybirliğiyle karar almak durumundadır. Diğerlerinde şu anda nitelikli çoğunluk genel olarak kullanılmakta.

Avrupa Birliği'nin ağırlıklı olarak yürütme fonksiyonunu yerine getiren *Avrupa Komisyonu* ise kurucu antlaşmaların uygulanmasını yakından izler, *Avrupa Parlamentosuna* karşı sorumludur. Parlamento tarafından güvensizlik nedeniyle feshedilebilir (1999'da bir örneğini yaşadık). Ayrıca bu komisyon Avrupa Birliği'ni hukuken temsil ettiği gibi ortak politikaların oluşturulmasında ve yürütülmesindeki işlevinin yanında Avrupa Birliği'nin yapısal fonlarını yönetmektedir. Bu yapısal fonlarla ilgili ülkemizde şu anda *Türkiye Büyük Millet Meclisi* alt komisyonundaki görüşmeler tamamlandı ve süreç içinde gündeme gelecektir. Hepinizin bildiği gibi şu anda ülkemizde 12 coğrafi bölge saptanmış durumda onlarla ilgili 36 kalkınma ajansı tasarıda yer almakta, bunların dördünde veya beşinde pilot uygulamalar yakında başlatılacak.

Bunlar direkt olarak Avrupa Birliği'nin yapısal fonlarıyla ilgilidir ve bu fonları yöneten de Avrupa Komisyonu...

Avrupa Komisyonu ayrıca üye devletlerin müktesebatla çelişik durumlarını saptayarak, uygun olmayan davranışlarının iptali için *Adalet Divanına* başvurabilir. Konsey 25 teknokrat, teknisyen bürokrattan oluşur ve Topluluğun ortak yararlarını koruyarak entegrasyonu geliştirmektedir amacı.

Avrupa Birliği içinde karar önerilerinin hazırlanmasında tek yetkili olan komisyon *Parlamento* ve *Bakanlar Konseyine* de yasal düzenlemeler hazırlar, Avrupa Birliği politikalarının uygulanmasını sağlar, bütçeyi hazırlar, Avrupa Birliği hukukunun uygulanmasında *Adalet Divanı* ile birlikte hareket eder. Ve Birliği uluslararası kuruluş ve örgütlerde temsil ettiği gibi antlaşmaları müzakere eder.

Avrupa Birliği ayrıca *Avrupa Parlamentosu* ve *Avrupa Birliği Konseyi* ile birlikte hazırladığı bütçe müzakerelerine katılır. Kurucu antlaşmanın 237. maddesi uyarınca ki *Avrupa Tek Senedi* ile getirilmiştir. Bu, tam üyelik başvurularında Konsey Komisyona danışmak zorundadır. Nitekim bizim 14 Nisan 1987'deki tam üyelik müracaatımız Konsey tarafından Komisyona sevk edilmiştir, *Komisyon* da 29 ay sonra "eligible" (ehil) diye her yere çekilebilecek bir yanıt vermiştir. Mekanizma böyle çalışmakta.

Avrupa Parlamentosunun uygundur görüşünün alınması da gerekir bu tam üyelik başvurularında. *Tek Senetle* getirildi bu anlayış.

Bakanlar Konseyi tarafından nitelikli çoğunlukla parlamentodaki siyasi eğilimler dikkate alınarak Konsey Başkanı ve Parlamentonun da çoğunluğunun onaylaması ile Başkan saptanır. Şimdi *Avrupa Birliği Anayasası* ile yetki ve sorumluluk açısından adeta Başbakanlık görevi tevdi edilmekte Komisyon Başkanına, bu biçimde de entegrasyonun demokratik meşruiyeti güçlendirilmektedir.

AVRUPA PARLEMANTOSU

Bir başka kurum, üçüncü kurum, beş yılda bir doğrudan seçimle tespit edilen Avrupa Parlamentosudur. Şu andaki üye sayısı 732'dir ve bu Parlamentonun üye sayısı *Avrupa Birliği Anayasası* ile de üye adedi ne olursa olsun 750'de dondurulmuştur.

Burada bizim parlamento anlayışımızın dışında üyeler siyasi gruplara göre oturur. Şu anda da 8 grup bulunmaktadır, bunların en güçlüsü de *Hristiyan Demokratlar* ve *Demokrat Birliğinin* 280 üye ile oluşturduğu gruptur. İkinci büyük grup da yaklaşık 200 üyenin mensubu olduğu *Sosyalist* gruptur.

Parlamentonun iki meclisi var, bir de genel sekreterliği. Meclislerinin biri *Brüksel*'de, diğeri *Strazburg*'ta, genel sekreterlik de *Lüksemburg*'ta bulunmaktadır. Kısaca söylemek gerekirse parlamento bu üç devlette, yani *Belçika*'da, *Fransa*'da ve *Lüksemburg*'da çalışmalarını sürdürmektedir.

Parlamentonun demokratik platform niteliği ağır basarken, Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi ile Avrupa Komisyonunu da yetkilerinin kullanılması açısından denetlemek durumundadır. Süreç içinde bütçeye ilişkin yetkileri artırılan Parlamento, Komisyon üyelerinin atanmasındaki onayı ve 2/3 oranı ile komisyonu görevden alma yetkisine sahiptir. Ayrıca gerek Konseye ve Komisyona yazılı sorular yönelterek politikalarının işleyişini izler, soruşturma komisyonları kurar ve Avrupa Birliği vatandaşlarının, (yani bağlı vatandaşlıktır Avrupa Birliği vatandaşlığı, yani öncelikle bir üye devletin vatandaşı olmanız gerekir ki, bağlı vatandaşlık olarak Avrupa Birliği vatandaşı olabilelisiniz.-) dilekçelerini incelediği gibi, gerektiği takdirde *Ombudsman* atar.

Ortak karar alma yönteminin gerekli olduğu alanlar genişletildiğinden ve Avrupa Parlamentosunun ortak dış işleri ve güvenlik politikası ve adalet ve içişleri politikası alanlarındaki yetkileri de artırılmıştır.

Hepinizin gayet iyi bildiği gibi *Avrupa Birliği*, *Maastricht* ile beraber üç sütun teorisi denilen bir şekilde şematize edilmişti.

Bunlardan *birinci sütun* topluluklara ait idi, burada Avrupa Birliği hukuk yorumunu ve güvencesini elinde tutan *Adalet Divanı* bu topluluklardaki tüm hukuki gelişmelerin güvencesiydi. *İkinci sütun* ortak dış ve güvenlik politikası, *üçüncü sütun* da adalet ve içişleri ile ilgili alandı. Süreç içinde üçüncü sütundan vize, göç, sığınma nedeniyle bu son iki sütun *Adalet Divanının* hukuki denetiminin dışında kaldığı için ve vize, göç, sığınma ile ilgili sorunlar arttığından üçüncü sütunun içi boşaltılarak birinci sütuna, yani *Topluluklar Sütununa* transfer yapılmıştı.

Ama Avrupa Birliği Anayasasının onaylanmasıyla tabii, sütun teorisi de tarihe karışacaktır.

Kadın milletvekili oranının yüzde 30'larda olduğu Avrupa Parlamentosunda seçmen yaşı 18'dir. Tüm üyelerde, seçilme yaşı da 18 ile 25 arasında değişir.

Burada ayrıca 20 resmi dil konuşulmaktadır.

Parlamentonun yetkilerini şematize edersek; *Topluluklarda yasama görevinin yerine getirilmesine yardımcı olmak ve bu göreve katılmak, bütçeyi görüşmek ve kabulde konsey ile birlikte davranmak. Komisyon ve Bakanlar Konseyini denetlemek.*

1987, *Avrupa Tek Senedinin* tarihidir bu, Adalet Divanı ile ilgili hükümlerin değiştirilmesi, çevre, araştırma-geliştirme ve teknoloji konularında alınacak kararlar, sosyal, bölgesel ve tarımsal yönlendirme fonları gibi yapısal fonlardaki değişiklikler, yani üyelerin topluluğa katılımı ve ortaklık antlaşmalarının imzalanmasına yönelik kararlarda Parlamentonun onay ve işbirliğinin zorunlu hale getirilmesi bu dönemde.

Avrupa Birliği Anayasası ile ortak karar alma ve esas yasama yöntemine dönüştürülmek istenen parlamento, iç pazar, işçilerin serbest dolaşımı, iş kurma serbestisi niteliklerinin tanınması, işçilerin çalışma hakkı veya sorumluluk alanları konularında ortak karar alma yöntemlerinin örnekleridir. Bu alanlarda yetkileri genişletilerek parlamento işlevine gidecek ağırlık verilmeye çabalanmaktadır.

ADALET DİVANI

Bir önemli kurum da, *Adalet Divanı* ve onun 1989'da ilave edilen bi-dayet mahkemesi olan ilk derece mahkemesidir.

Adalet Divanı üye devletlerin topluluk ile veya kendi aralarındaki ihtilaflarının yanı sıra, topluluk ile gerçek ve tüzel kişiler arasındaki veya topluluk kurumlarının kendi aralarındaki hukuki ihtilafların çözümünde sorumluluk taşır ve hukuki güvencenin de emniyet sıbobudur.

Üye devletlerde *Acquis Communautaire*'in farklı yorum ve uygulanması, yani bir başka deyişle yorum birliğinin sağlanması amacıyla divana muhtelif biçimde müracaat yöntemleri vardır. Bunlardan biri, ulusal mahkemelerin *bekletici* sorun yaparak ön karar yoluyla, Adalet Divanı tarafından verilen kararlardır.

Ön karar bazen bir ihlalin, bazen bir geçersizliğin saptanmasıyla, bazen de bir yorum olarak karşımıza çıkar. Kurucu antlaşmanın 204. maddesi uyarınca üye devlet mahkemesi müktesebatın ihlali, aykırılık iddiasını, bekletici mesele kabul edip iddiayı Adalet Divanına yolladığı zaman Divan kararını Ulusal Mahkemeye sevk eder, o da Divanın kararı uyarınca davayı sonuçlandırmak durumundadır.

Kurucu antlaşmanın 234/3 uyarınca, ulusal mahkemelerin müktesebatın yorumu veya geçersizlik denetlemesi yapılması amacıyla davayı Adalet Divanına gönderme zorunluluğu koyarken, 234/1 ve 234/2'de Ulusal

Mahkeme gerekli görürse ibaresi bir anlamda serbestlik vermektedir Ulusal Mahkemeye.

Her derecedeki adli, idari, hukuk veya ceza mahkemelerinin yanı sıra anayasal yargı yetkisine sahip ulusal mahkemeler de davayı Adalet Divanına gönderebilir. Ama hakem mahkemelerinin veya Rekabet Kurulunun veya benzer kurumların böylesine bir yetkisi yoktur.

Ancak Adalet Divanı, Ulusal Mahkemeye müdahale ederek ihtilafların kendi önüne getirilmesini talep edemez.

234/3'te kararları aleyhine kanun yollarına müracaat etmek olanağı bulunmayan bir mahkeme ibaresi uyarınca, sorunu *Adalet Divanına* göndermek zorunda olmasına karşın, göndermeyen Ulusal Mahkemeye karşı ihlal davası açılabilir. Yalnız bu tür ihlal davası açıldığında, o Ulusal Mahkemenin ait olduğu ülkeye karşı mı açılmalıdır, bu tabii boşluk yaratan bir konudur. Zira böylesi bir durumda bir ülke bağımsız mahkemesinin aldığı karardan sorumlu tutulabilir mi? Bu tabii son derece tartışmalı bir konudur.

Divanın ön kararı Ulusal Mahkemeyi bağlar, geriye etkilidir. Üye ülkenin herhangi kurucu antlaşmadan doğan bir sorumluluğu gerçekleştirmemesi durumunda da diğer bir üye ülke veya komisyon Avrupa Merkez Bankası veya Yatırım Bankası bu konuda Adalet Divanına başvurur. Başvuru üzerine savları irdeleyen, inceleyen Adalet Divanı kararı ile üye devletin kurucu antlaşmayı ihlal etmesi önlenirken, kurucu antlaşmanın 226, 227, 228. maddeleri uyarınca ayrıca organ hukukuna aykırı, yani tüzük ve yönergeye aykırı olarak üye devletin ulusal bir düzenleme yapması veya böylesi bir düzenlemeyi koruması, benzeri bir uygulamayı başlatması veya *Acquis Communautaire* eksik, yanlış yada geç uygulaması ihlal davası açılmasını gerektirir.

Adalet Divanı kararı uyarınca öngörülen önlemleri almayan üye devlet Divanın hükmedeceği para cezasının da muhatabıdır.

Mevzuatla ilgili iptal davası da açılabilir *Divan* nezdinde. Üye ülkeler olsun, Bakanlar Konseyi olsun, Komisyon, Parlamento, Merkez Bankası, Yatırım Bankası, gerçek ve tüzel kişiler, hukuki tasarrufta bulunma yetkisine haiz Parlamentoya, Bakanlar Konseyine, Komisyona, Avrupa Merkez Bankasına ve denetim kurumuna, veya Hesap Mahkemesine karşı kurucu antlaşmanın 230. maddesi uyarınca davalarını ikame edebilirler.

Ayrıca Yatırım Bankası *Guvernörler Kurulunun* aldığı karara karşı da kurucu antlaşmanın yine 237. maddesi uyarınca iptal davası açılabilir.

Divanın iptal kararı varolan hukuki durumu geriye etkili olarak ortadan kaldırırken yenilik doğuran bir dava olarak karşımıza çıkar. Yetkisizlik, şekle ilişkin kurallara uyulmaması, kurucu antlaşmanın ihlali ya da takdir yetkisinin kötüye kullanılmasına istinaden iptal davası açılabilir.

1989'dan itibaren bugüne kadar bu Divan 10 bine yakın davaya bakmış durumda. Fakat iş yükü giderek artmakta, üye adedi artmakta, yük artmakta. Bu itibarla 1989'da *Divan* bir bidayet mahkemesine olan ihtiyacı dolayısıyla ilk derece mahkemesi kurulmuştur, ki bu ilk derece mahkemesi kurumlarda çalışanlar arasındaki ihtilaflara baktığı gibi, Topluluk Rekabet Hukukunun uygulanmasıyla ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından ikame edilen davalara ve bir kurumun eyleminden ya da eylemsizlikten doğan tazminat davalarına bakar.

Burada eylemsizlikten doğan bir başka tür dava vardır, ki bunu sadece *Acquis Communautaire*'de görmek mümkün. Bu da eylemsizlik davasıdır. Nedir bu hareketsizlik ya da eylemsizlik davası? Bir aykırılığın saptanması davasıdır. Yani Parlamentonun veya Bakanlar Konseyinin, Komisyonun ya da Merkez Bankasının bir karar almaktan kaçınması. Bunun kurucu antlaşmanın ihlalini oluşturması durumunda aleyhlerine *üye ülkeler, Parlamento, Konsey, Komisyon, Merkez Bankası* ya da *dene-tim kurumu* tarafından kurucu antlaşmanın 230. maddesi uyarınca hareketsizlik davası açılır. Eğer bu hareketsizlik bir gerçek ya da tüzel kişiyi de doğrudan ilgilendiriyorsa, gerçek ve tüzel kişiler de "*hareketsizlik*" davası ikame edebilirler. Yalnız bu ihlalin tespiti davasıdır, demin dediğim gibi eylem eğer açıkça öngörülmemişse veya ilgili organın takdirine yer verilmişse veya yenilik doğurucu bir davanın, örneğin iptal davasının açılacağı hallerde hareket davası ikame edilmesi mümkün değildir. Davanın ikamesi için karar almaktan çekinen organın eylemsizliği bırakması için iki aylık bir süre tanınır. Aksi takdirde o iki ayın bitimini müteakip yine iki ay içerisinde *eylemsizlik* davası açılabilir.

Bu ilk derece mahkemesinin kararına karşı Adalet Divanına kurucu antlaşmanın 225/1 maddesi uyarınca temyize gidilebilir bazı kısıtlamalar altında.

Bu Divan kararlarının tetkiki için *Ulusal Mahkemelerin* organları kurucu antlaşmanın beşinci maddesi uyarınca yardımcı olurlar. Yalnız tenfiz yapacak herhangi bir kurum yoktur. Kararların tenfiz edilmemesi üye ülkelerin prestijini ortadan kaldırdığı gibi birtakım fonlardan da yararlanamama gibi bir durum ortaya çıkartır.

Divanda yargılama usulü *yazılı aşama* ve *sözlü aşama* olarak iki bölümden oluşur. Yazılı aşamada tarafların savlarını ve bu savların dayanaklarını inceleyen *Divan* soruşturmaya gerek gördüğü takdirde taraflar ve tanıklar sözlü olarak dinlenilmek üzere divan önüne çıkarlar. Taraflar bizzat temsil edildikleri gibi avukatları aracılığıyla da temsil edilirler. Yargıların kararı açık celse ile açıklanır.

Özetlemek gerekirse, Divan kararları temyiz edilemeyen Adalet Divanı ve bağlayıcı olan bir adli mercidir. Topluluk kurumları, üye devletler, üye devletlerin mahkemeleri ve hukuki-menfaat olması koşuluyla gerçek ve tüzel kişiler dava ikame etmek hakkına haizdirler. Adalet Divanı açıl-

lan dava türüne göre Anayasa Mahkemesi veya İdare Mahkemesi ya da Hukuk Mahkemesi işlevini görür

Evet, Adalet Divanının bir de yetkisiz olduğu alanlar vardır. Bu yetkisizlik de tamamen egemenlik haklarıyla ilgilidir. Bunun altını devamlı çiziyorum, zira *süpra-nasyonel* (ulusalüstü) olan bu anlayışta temel dayanak noktası ulusal yararların korunmasıdır. Ülkemizde Cumhuriyeti numaralandıran arkadaşlar veya başka macera arayan arkadaşlar biraz açık olaya 180 dereceden baktığı zaman süpranasyonel anlayışın içini, temelini dahi, ulusal anlayışların oluşturduğunu göreceklerdir.

Adalet Divanı gibi son derece önemli bir kurumun yetkisiz olduğu alanlar kurucu antlaşmanın 68/2 maddesinde düzenlenmiştir. Bu da kamu düzeninin korunması, iç güvenliğın sağlanmasıyla ilgili önlem ve kararların hiçbir biçimde Adalet Divanının önüne getirilemeyeceğini göstermektedir, zira divan bu konuda yetkili değildir.

Vize, sığınma, göç ve kişilerin serbest dolaşımına ilişkin politikalar kurucu antlaşmanın 68/1 ve 234. maddeleri uyarınca da topluluk kurumları tarafından çıkarılan hukuki tasarrufların geçersizliği ya da yorumuna ilişkin bir sorun ulusal hukuka göre kararların kanun yoluna karşı kanunun kapalı olduğu üye devlet mahkemesinde ileri sürüldüğünde bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin ön karara gerek duyarsa, *-zorunlu değil-* Adalet Divanından bu konuda karar vermesini talep eder.

HESAP MAHKEMESİ

Son olarak Hesap Mahkemesinden söz etmek istiyorum, denetim ve biçimi son derece ilginçtir. Bu Hesap Mahkemesi toplanan gelirlerin ve giderlerin hukuksal olarak toplanıp toplanmadığını, tahsil edilip edilmediğini, harcamaların yasalara uygun yapılıp yapılmadığını denetlerken hukuki denetimin yanında, mali denetimin yanında, ekonomik denetim de yapmaktadır. Yani fayda maliyet analizini ekonomi bilimi uyarınca yaptığınız her tercihin bir sosyal maliyeti vardır, o incelenmektedir. Bu bir akılcılığın, rasyonalizmin göstergesidir...

AVRUPA BİRLİĞİNDE AVUKATLIK HİZMETİNİN SEKRBEST DOLAŞIM HAKKI

Prof. Dr. SELÇUK DEMİRBULAK

ÜÇÜNCÜ GÜN DEĞERLENDİRME TOPLANTISINDAN

Sayın Başkanlar, değerli meslektaşlarım, üç günden beri süren üst "örgütümüz" Barolar Birliği ve "Law Society"nin birlikte düzenlediği bu sempozyumdan kişisel olarak son derece müstefit oldum.

Benim anlayamadığım ve sürekli de kendi kendime sorduğum bir ibare var, o da bütün yabancı konuklar konuşmalarına başlarken veya sonuç bölümünde Türkiye ne zaman üye olursa ibaresiyle başlıyorlar ve bitiriyorlardı.

Şimdi biz bu Avrupa Birliği ile ilgili, ki o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğuyla ilgili hadiseye 31 Temmuz 1959'da başıadtık. Dokuz yaşındaydım ben, geldim 55 yaşına hâlâ bize 20 yıllar, 15 yıllar gibi objektifler gösteriliyor.

Bir kez biz 14'ncü Yüzyıldan beri çok coğrafi olarak birtakım muhalefetler getirilen, bizim Avrupalı kimliğimiz konusunda hiçbir problem yok, biz 14'ncü Yüzyıldan beri 1326'dan beri Avrupa'dayız.

Biz sadece Büyük Atatürk'ün 1926'daki Hukuk Devrimiyle, "Romano-Germen Hukuku"nu almadık. Daha önce, gayet iyi anımsarsınız ki Osmanlı Döneminde de 1857'de Fransız Ticaret Kanununu aldık. 1879'da Fransız Ceza Muhakemeleri Usul Yasasını aldık. Bunlar o dönemde aktarma olarak geldi. Bunu tırnak içinde söylüyorum, motomot tercüme edildi, kelimesi kelimesine. Büyük Atatürk ile beraber 1926'dan itibaren bu aktarma iktibasa dönüştü. Yani bizde toplumsal katmanlarda zihniyet değişti.

Şimdi bakıyorum bu 25 üyeye, hele yenileri de görünce bizim "Romano-Germen Hukuk" geleneğimiz iktibas açısından 80 yıllık bir "know-how"ımız var, bir birikimimiz var. Bu hukukla tanışmamız 150 yılı aşkın. Biz pence-releri Batı'ya 240 senedir açmışız. Neden "when" denilerek başlanıyor, bir de 15 senelik objektif gösteriliyor, bunu anlamak mümkün değil.

İlk günkü konuşmamda, Avrupa Birliği müktesebatının, yani *Acquis Communautaire*'nin mütemmim cüzü olarak Ankara Anlaşmasını, Katma Protokolü ve Gümrük Birliği kararını saymışım.

Şimdi Ankara Anlaşmasının 12. maddesi açık, Katma Protokolünün 36. maddesi açık, gerek serbest dolaşım konusunda ve gerekse Katma

Protokolünün 41/1'i o da açık, hizmetlerin serbest dolaşımı konusunda her ne kadar bizim imzaladığımız tarihten sonra geriye götürülmeyeceğine dair amir hüküm var ise de, gerek vize yönetmeliğiyle, gerek hizmetlerdeki kısıtlamalarla, şimdi yeniden bir 15 yılı anlamak olası değil.

Her şeyden önce olayı spesifik olarak kendimizi mesleğimiz açısından alırsak, *İstanbul Barosu* olarak- üç yıldır avukatlık hizmetinin Avrupa Birliği Egemenlik Alanında serbest dolaşımı için muhtelif platformlarda gerek CCBE (700 bin üyeli), gerekse 2 milyon üyeli UEA (*Uluslararası Avukatlar Birliği, ki Genel Kurulunu 2007'de İstanbul'da yapacak*) ve gerekse dört gün sonra kendileriyle ortak bu konuda sempozyum yapacağımız Lüksembourg mahreçli Avrupalı Avukatlar Birliği ile hep bu konuları tartışmaktayız. Çünkü yeni kuşak, şu andaki Türkiye'ye bakarsak, rakamlarla söyleyeyim ben size. Şu andaki Türkiye'nin dış ticaret hacmi 190 milyar dolar, şu andaki Türkiye'nin fert başına Ulusal Geliri kayıt dışı ekonomiyi de kattığınız zaman 8 bin 300 dolar, bunun paritesi, satın alma gücü baktığınız zaman olaya 14 bin dolar demektir bu. Şu andaki Türkiye sermaye ihraç eden bir Türkiye. Bakın aday ülkelere, Romanya'da bizim 4 milyar dolar sermayemiz dolaşıyor, Almanya'dan sonra ikinci yatırımcı ülkeyiz. Bulgaristan'da keza veya bunların dışında Rusya Federasyonunda veya Almanya'da sadece bizim pasaportumuzu taşıyan insanlarımızın, yurttaşlarımızın yaptığı ciro 2004 mali yılı itibariyle 77 milyar Euro. Yani bütün bunlara baktığınız zaman oradaki insanlar hukuk gibi son derece engin biçimde, ana dilinizde ifade etmeniz gereken bir alanda Türk avukatlarının hizmetlerinden yoksundurlar. Ayrıca, biz tamamen olayı o *Acquis Communautaire*'in mütemmim cüzine dayanarak bizim hakkımız olan bu serbest dolaşım olayını dile getiriyoruz. Biz üçüncü ülke olarak değerlendirilemeyiz, biz üçüncü ülke değiliz; Nikaragua üçüncü ülke, Kamboçya üçüncü ülke, Rusya Federasyonu üçüncü ülke, Ukrayna üçüncü ülke, ama biz üçüncü ülke değiliz. Çünkü, bakınız *Sayın Hook*'un konuşmasında da vurguladığı, Avrupa ekonomik alanı denilen serbest dolaşım alanındaki avukatlarla ilgili Avrupa Birliği tüzel kişilik kazanmadan Anayasa ile kazanılacak zımni dış yetkiye istinaden anlaşma imzalayarak onlara bu hakkı vermiştir. Nedir olaya bilimsel açıdan baktığınız zaman, serbest ticaret entegrasyon teorilerinin en altında yer alır. Vineer'in entegrasyon teorileri uyarınca en altında yer alır.

Siz Gümrük Birliği akdetmişsiniz ve bunu takip eden iç pazar olayıdır. Zaten sorunumuz bu iç pazar, yani dört temel hakkın kişi, mal, hizmet ve sermayenin serbest dolaşımı. Sizden daha gerideki bir entegrasyon biçimi olan Serbest Ticaret Antlaşmasına (*EFTA- European Free Trade Area*) istinaden, siz İzlanda, Norveç avukatlarına serbest dolaşım hakkını verip, çok daha ileri düzeyde 16. üye olarak Gümrük Birliği kararının çıktığı Türkiye'nin hukukçularına bunu tanımazsınız burada bir ayrımcılık hukukken ortaya çıkmaktadır.

Aynı şekilde İsviçre konusunda kimse Norveç'in nüfusu şu kadar, İzlanda'nın bu kadar falan demesin. Biz hepimiz hukukçuyuz, hukukun bir genel platformda uygulanışı var. Böyle ayrımcılık, kompartümanlara bölme yapılamaz, bunun sonunda ne olur biliyor musunuz? İnsan odaklı olan, insanın yaşam standardını yükseltmeye yönelik normlar bütünü olan *Acquis Communautaire*'in sağlamak istediği Avrupa Birliği vatandaşının yaşam kalitesini, yaşam standardını gereği kadar yükseltemezsiniz ve haksız rekabet yaratarak bizleri bu yarışma, rekabet ortamında yatay engellerle daha eşikte engellerseniz, Avrupa Birliği yurttaşlarının, bağlı vatandaşlarının yaşam standardı dediğim gibi düşünüldüğü kadar yükselsemez.

Birkaç cümle ile olayı bağlamak istiyorum.

Bizim temel çıkış noktamız *Ankara Antlaşması*dır, madde 12. 71'de imzalanıp 73'de yürürlüğe giren ve 1/95 Sayılı Ortaklık Kararının 6. maddesi ve elbette ki Katma Protokolünün 41/1. maddeleridir.

Biz bu konuda hukuken haklıyız, ama karar siyaseten önümüze engeller çıkarmaktadır. Elbette ki bunu 70 milyon üzerinde 20 milyon insanı bugün ilköğretimde, ortaöğretimde ve yükseköğretimde olan insan kaynakları bu coğrafyada en zengin olan, kadın nüfusunun, ki bizim nüfusumuzun yüzde 53.8'i kadındır, yüzde 7'si piyasa ekonomisi için çalışan ve 35 hukuk fakültesi olan, bunların arasında takriben 500 yıllık geleneği olan üniversiter geleneği olan eğitim kurumlarına haiz ülkenin hukukçularının önünü açmak zorundasınız.

Hiç 15 yıl değil, 15 gün bile ertelememek için bu nihai tahlilde Avrupa Birliği'ne yapılacak, doğrudan yapılacak en önemli yardımlardan bir tanesidir.

Bizim bu konuda kendi avukatlık kanunumuzda yaptığımız değişikliklerle ilgili çalışmalarımız var. Daha detaya girmek mümkün, hem yerleşim olmadan veya yerleşim serbestisi sağlanarak Avrupa Birliği vatandaşları olan avukatların Türkiye'mizde hukuk hizmeti sunabilmeleri için, biz kendi yasamızdaki değişiklikleri şu anda tamamlamış durumdayız. Yapılması gereken sınav olsun, disiplin soruşturması, 141. madde, Barolar Birliği'ne yazılı itiraz vesaire bütün bunları tamamlamış durumdayız, aynen özel hukukumuzda yaptığımız değişiklikler gibi. Bizim zorlandığımız alan kamu hukukundaki uyum konusu, bunu da ilk günkü konuşmamda vurgulamaya çalıştım; bu ulusal egemenlik yetkilerinin devri, yetkinin delege edilmesidir, bu da kolay kolay olmuyor. Bunu da süreç içinde ulusal yararlarımızı temel alarak bu konuda da gerekli değişiklikleri yapmaktayız uyum konusunda...



KAT MÜLKİYETİ KANUNUNDA DÜZENLENEN YÖNETİM PLÂNININ NİTELİĞİ VE İŞLEVİ

MUSTAFA REŞİT KARAHASAN^(*)

BAĞIMSIZLIK, GELECEK,
ÖZGÜRLÜK, HERŞEY
ADALETLE MÜMKÜNDÜR.
ATATÜRK

§ 1. KONUNUN BELİRLENMESİ

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 28. maddesiyle tanımlanmış olan *yönetim planı*, *kat irtifakı* ve *kat mülkiyeti* kurulurken *tapu idaresine verilmesi* zorunlu bir belgedir. Anataşınmazda tüm yönetsel işler ile yönetimden doğabilecek anlaşmazlıklar, yönetim plânı hükümlerine göre kat malikleri kurulunca karara bağlanır.

Yönetim plânı, *bütün kat maliklerinin uymakla yükümlü oldukları bir sözleşme hükmündedir* (KMK md. 28/1,c.2). Yönetim plânında ya da Kat Mülkiyeti Kanununda hüküm bulunmayan durumlarda ise, *kat mülkiyetinden doğan anlaşmazlıkların çözümünde Medenî Kanun ve ilgili diğer kanunların hükümlerine başvurulur* (KMK.md.9).

Uygulamanın gözlemine dayanarak belirtelim ki, *anataşınmazın ortak yerinin kat maliklerinden birine bırakılması (özümlenmesi=tahsisi) yolunda yönetim plânına hükümler konulmaktadır*. Böylece yapılan bir *düzenlemenin niteliğini belirleme ve kat malikleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüme bağlanması ile ilgili sorunlar, bu incelemenin konusunu oluşturmaktadır*.

§ 2. YÖNETİM PLÂNINDAN DOĞAN HAKKIN NİTELİĞİ

I. GENEL OLARAK

634 sayılı KMK'nun 28. maddesinde tanımlanan yönetim plânı sözleşme olarak nitelenmiş, yönetim plânında ya da bu yasada hüküm bulunmayan durumlarda, kat mülkiyetinden doğan anlaşmazlıkların, *Mede-*

(*) Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

nî Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine göre çözüme bağlanacağı belirlenmiştir (KMK.md.9).

Kat Mülkiyeti Kanununda *sözleşme olduğuna* vurgu yapılan yönetim plânına konan ve anataşınmazın *ortak yerinin* kat (bağımsız bölüm) maliklerinden birine *özülenmesi* (tahsis edilmesi=bırakılması) yolundaki *hükümün ne anlam taşıdığı sorununun aydınlığa kavuşturulması* gerekmektedir.

II. SÖZLEŞME OLDUĞU BELİRTİLEN YÖNETİM PLÂNINDAN DOĞAN HAKKIN NİTELİĞİ

1. YÖNETİM PLÂNINA KONAN HÜKÜMDEN AYNÎ DEĞİL KİŞİSEL (ŞAHSÎ) HAK DOĞDUĞU

Kestirmeden hemen belirtelim ki, *ortak yerin kat maliklerinden birine bırakıldığı (özgüendiği=tahsis edildiği) yolundaki yönetim plânında yer verilen hükümün anlamı; ortak yer üzerinde tek başına (münhasıran) kullanma=zilyet olma hakkının tanınmasıdır.* KMK'nun 28. maddesinde apaçık sözleşme olduğu belirtilen yönetim plânıyla sağlanan böyle bir hakkın, *"aynî değil şahsî"* nitelikte olduğunda kuşku ve duraksamaya yer yoktur.

a) Ortak yer üzerinde kat maliklerinin *"müşterek mülkiyet=müşterek kullanma hakkı olduğu,* KMK'nun 16. maddesiyle kesin bir açıklıkla hükme bağlanmıştır.

Öyleyse, *kat maliki yararına ortak yer üzerinde tek başına (münhasıran) kullanma=zilyet olma hakkının tanınmasının dayanağı,* yukarıda az önce anılan KMK'nun 16. maddesi olamaz.

b) Şu duruma göre *kat malikinin ortak yer üzerinde tek başına (münhasıran) kullanma=zilyet olma hakkının dayanağının,* o kat maliki yararına yönetim planına konan hüküm olduğunun kabulü gerekir.

Eğer, KMK'nun 28. maddesinde açıkça *sözleşme niteliğinde olduğu belirtilen yönetim planında böyle bir hüküm yeralmasaydı,* anataşınmazın ortak yeri üzerinde, yararına hüküm konan *kat malikinin tek başına (münhasıran) kullanma=zilyet olma hakkı bulunduğunu ileri sürmesi* yasal yönden tümüyle olanaksız kalırdı.

c) Değişik bir söyleyişle burada şu soruya yanıt vermek gerekir: Eğer yönetim plânında anataşınmazın *ortak yerinin kat maliklerinden birine özülenmesine ilişkin bir hüküm olmasaydı,* yararına böyle bir hüküm konan kimsenin *ortak yer üzerinde tek başına (münhasıran) kullanma=zilyet olma hakkı bulunduğu* kabul edilebilir miydi?

Kestirmeden söyleyelim: *Bu soruya verilecek yanıt Hayır'dır.*

d) Demek ki, KMK'nun 28. maddesine göre sözleşme niteliğinde olan *yönetim plânına konan hükümden "aynî değil şahsî hak", kişisel istem (talep) hakkı doğabilir.*

e) Sözleşme niteliğindeki yönetim plânında yer verilen hükümle *aynî bir hak (mülkiyet, sınırlı nesnel hak)* kazanılamaz. Durum böyle olunca, “anataşınmazın ortak yeri üzerindeki kullanma hakkı, mülkiyet hakkından doğmuştur” denemez.

f) Sözleşme niteliğindeki yönetim planından mülkiyet hakkı doğması- na yasal yönden olanak yoktur. Çünkü; mülkiyet hakkı “*aynî bir hak olup, bunun kazanılması için de borçlandırıcı işlem=sözleşme ve tasarruf işlemi=tescil gerekir ki bu durumda borçlandırıcı işlemin kamusal biçimde (resmî şekilde) yapılmasında yasal zorunluluk vardır. Burada biçim (şekil) geçerlik koşuludur.*

Öyleyse yönetim plânı “*âdi yazılı şekilde*” yapıldığı için geçersiz olur; “*şekil eksikliği*” nedeniyle “mülkiyet hakkı” kurulmuş (doğmuş) olmaz.

aa) Konuyu taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle örneklemekte yarar vardır:

Şöyle ki,

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden *aynî değil şahsî hak doğar*. Böyle bir sözleşmeye dayanılarak “*tescile icbar davası*”nın on yıl içinde açılması gerekir. Tersî durumda *şahsî talep hakkı zamanaşımına uğramış* olur.

Kenar başlığında “2. Şerhler / a. Kişisel haklarda” sözcüklerine yer verilen TMK.’nın 1009. maddesine göre, *taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hak tapu kütüğüne şerh edilebilir*. Bu durumda, *şerh verilen bu hak, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir*.

Ne var ki, şerh edilebilen şahsî hakkın, şerh ile şahsî hak mahiyeti değişikliğe uğramaz. *Eş deyişle şerh, şahsî hakka aynî bir hak mahiyeti kazandırmaz*. Sözleşenler arasında borç ilişkisi, gene sözleşenler arasında kalır ve borçlu değişmez⁽¹⁾.

Kısacası, şerh verilmekle kuvvetlendirilmiş (*aynî etkili olan*) bu hak yine de şahsî hak olarak kalacağı için, bu durumda da “tescile icbar davası”nın on yıllık zamanaşımı süresinde açılması gerekir.

bb) KMK’nun 28/V. Maddesine göre yönetim planı, kat mülkiyeti kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilir. Bu hüküm bile sözleşme niteliğindeki yönetim planından *aynî değil şahsî hak doğabileceğini* kanıtlar.

Beyanlar, TMK’nun 1012. maddesinde düzenlenmiştir. Beyanlar taşınmazlarla ilgili bazı hukuksal ve eylemli durumlara açıklık verilmesine yarar. Böylece var olan hukuksal ya da eylemli durum, dışarıya yansıması olur. İşte beyanların işlevi bundan ibarettir. *Beyanlar ile şahsî hakkın güçlendirilmesi ya da aynî hak mahiyetini kazanması asla söz konusu olamaz*.

cc) Şimdiye değin yapılan açıklamalarla, yönetim planından *aynî değil yalnızca şahsî hak doğabileceği kesin olarak kanıtlanmıştır*.

(1) İsmet SUNGURBEY, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Yıl: 1963, Sh. 117 vd.

2. KİŞİSEL NİTELİKTEKİ İSTEM HAKKINA UYGULANACAK ZAMANAŞIMI

KMK'nun 9. maddesi uyarınca bu yasada hüküm bulunmayan hallerde kat mülkiyetinden kaynaklanan anlaşmazlıklar, *Medenî Kanun ve ilgili diğer kanunların hükümlerine göre çözüme* (karara) bağlanır.

a) Kat malikleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarla ilgili olarak KMK'de bir düzenleme yapılmamış olduğundan, *kişisel istem (talep) haklarının zaman aşımı sürelerinin BK'nun 125. maddesine göre belirlenmesi gerekir ki, bu sürenin ise 10 yıl olduğu çok belirgindir.*

Bu bağlamda başka bir örnek vermek gerekirse: Ortak giderlerin ödenmemesi durumunda da, böyle bir alacağın zamanaşımı süresi, *Kat Mülkiyeti Yasasında gösterilmediği için, bu alacakla ilgili istem (talep) hakkına uygulanacak zamanaşımı süresinin Borçlar Yasası Hükümlerine göre belirlenmesi gerekir. Ki, bu da 10 yıldır.*

b) Kişisel istem hakkına uygulanacak 10 yıllık zamanaşımının başlangıcı ise, *yönetim plânının kat istifakı ve kat mülkiyeti kurulurken tapu idaresine verildiği tarih olduğu, BK'nun 128. maddesi hükmü gereğindendir.*

c) Öyleyse; *kat malikinin, anataşınmazın ortak yeri üzerinde kullanma (zilyet olma) hakkının yönetim planına konan hükümle (münhasıran) kendisine bırakıldığı yolundaki savını, 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde, buna karşı çıkan kat maliklerine bir dava açarak ileri sürmesi gerekir ki, tersi durumda kişisel istem hakkı zamanaşımına uğramış olur.*

Ş 3. KONUNUN SOMUT OLAY BAĞLAMINDA İRDELENMESİ

I. GENEL OLARAK

Somut olayda; yönetim plânına konan hükümle, anataşınmazın ortak yerinin kullanılması kendisine bırakılan *kat maliki, 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde ortak yer üzerinde tek başına kullanma=zilyet olma hakkı bulunduğunu ileri sürerek kat maliklerinin “müşterek kullanma=zilyetlikleri” altındaki bu yerle ilgili olarak dava açmamıştır. Zamanaşımı süresi dolduktan çok sonra, bu kat maliki, ortak yeri kullanma hakkının tek başına kendisine ait olduğunu ileri sürerek bu yere “fülen el koymak” istemiyle kat malikleri arasında uyuşmazlık medyana gelmiştir. Bunun üzerine kat malikleri, tek başına kullanma hakkını ileri sürerek böylece “muaraza” yaratan kat malikine karşı yönetim plânındaki hükümden doğan kişisel istem hakkının zaman aşımına uğradığını, o nedenle yönetim plânındaki maddenin geçerliliğini yitirdiğini iddia ederek, bunun iptaliyle muarazanın inlenmesi için dava açmışlardır.*

II. GEREKÇEDEN YOKSUN KARARLAR

1. YEREL MAHKEME YÖNÜNDEN

Yerel mahkemece, *hiçbir gerekçe gösterilmeden yukarıda özet olarak belirlenen istem reddedilmiştir.*

a) Oysa ki, bütün mahkemelerin her türlü kararları *gerekçeli* olarak yazılır (AY.md. 141/III). Bu maddenin gerekçesinde şöyle denmektedir:

“Madde bütün kararların *gerekçe yazılmasına amir bulunmaktadır*. Genellikle mahkeme kararına karşı kanun yolu açıktır. İlginin bu kanun yoluna başvurabilmesi için hakkındaki kararın *gerekçesini bilmesi* ve kanun yolu merciinde incelenmesinde de *gerekçenin* göz önüne alınması için kararın *gerekçeli yazılması gerekir*⁽²⁾.”

b) Hükümde, *sabit görülen olgulardan çıkarılan sonuç ve hukuksal nedenin (ya da nedenlerin) belirtilmesi zorunludur* (HUMK.md.388, b.3). Bundan maksat hükmün gerekçesidir. Çünkü; gerekçe hâkimin (mahkemenin) saptadığı (sabit gördüğü) olgular ile hüküm fıkrası arasında *bir köprü işlevini* görür. *Gerekçe bölümünde, saptanan olgulardan çıkarılan sonuç ve hükmün dayandığı hukuksal esaslar açıklanır*. Hâkim, gerekçe sayesinde verdiği hükmün doğru olup olmadığını, yani kendini denetler. Yargıtay da bir hükmün hukuka uygun olup olmadığını ancak gerekçe sayesinde denetleyebilir. Taraflar ancak *gerekçe sayesinde* haklı olup olmadıklarını daha iyi anlayabilirler. Bir hüküm ne kadar haklı olursa olsun, gerekçesiz ise tarafları doyurmaz⁽³⁾.

HUMK.md.388/b.3 ve Anayasa md. 141/III'e dayanarak belirtelim ki, *kararın gerekçesiz olması “mutlak” bir temyiz (bozma) nedenidir; Yargıtay kararlarının doğrultusu da böyledir*⁽⁴⁾.

aa) “Anayasa ve yasalarda nelerin *gerekçe* olabileceği sınırlı bir biçimde sayılmamıştır. Bununla beraber gösterilecek *gerekçenin* sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini gösterir biçimde *geçerli ve yasal olması* aranmalıdır. Gerekçenin bu niteliği yasa koyucunun amacına uygun olduğu gibi, kararı aydınlatmak, keyfiliği önlemek ve tarafları tatmin etmek niteliği de tartışma götürmez bir gerçektir” (İBK, 7/6/ 1976 T. 3/4E. 3K)

bb) “HUMK'nun 388. maddesinin 3-5. bentleri hükümlerine göre, mahkeme kararlarının asgari olarak, iki tarafın iddia ve savunmalarının özetlerini, mahkemece incelenen maddi ve hukuki olay ve meselelerin özünü, mahkemeyi sonuca götüren gerekçenin ne olduğu hususlarını ihtiva etmeleri zorunlu bulunmaktadır. Yine, mer'i Anayasanın 141. maddesinin 3. fıkrası hükmü de tüm mahkeme kararlarının *gerekçeli olması* nı amir bulunmaktadır. Kararlara konulması *gerekten gerekçeler sayesinde taraflar hükmün hangi maddi ve hukuki sebebe dayandırıldığını* anlayabilecekleri gibi, karar aleyhine kanun yoluna başvurulduğunda da HUMK'nun 428. maddesi uyarınca *Yargıtay incelemesi sırasında ancak*

(2) Bkz. Mehmet AKAD, Abdullah DİNÇKOL, 1982 Anayasası, Yıl 1998, sh.577

(3) Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, Yıl. 2001, sh. 3052, Mahkemelerimiz gerekçeye gereken önemi vermemeleri nedeniyle Anayasaya md.141/III hükmü konulmuştur. (KURU, a.g.e.,sh.3053)

4) KURU, a.g.e., sh.3053 vd.

bu gerekçe sayesinde kararın usul ve yasaya uygun olup olmadığı saptanabilir. Diğer bir deyişle, Yargıtay denetimi ancak bir kararın gerekçe taşıması halinde mümkün olabilir. -Temyiz konusu yapılan mahkeme hükmü ise, HUMK'nun 388/3-5. maddesinde belirtilen unsurları ve özellikle gerekçenin ne olduğunu ihtiva etmemekte sadece (... toplanılan deliller, tekmil dosya münderecatı ve davacı tarafından ibraz edilen deliller mahkemece nazarı itibare alındığından bu husustaki işbu dava sübuta ermemiş ve doğrulanmamış olduğundan davanın reddine...) şeklinde kaleme alınmış bulunmaktadır. Böyle bir karar yasaya aykırı olduğu gibi HUMK'nun 428. maddesine göre, Yargıtay denetimi olanağını da ortadan kaldırdığından davacı vekilinin sırf bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir" (11.HD, 12/12/1984, 5616/6222: YKD 1985/5 s. 679-680).

cc) "Davacı hizmet sözleşmesinin ihbarsız ve haksız olarak işveren tarafından bozulduğunu iddia ile ihbar, kıdem tazminatı vs.'nin tahsilini istemiş, davalı davacının işine haklı olarak son verildiğini ileri sürmüştür. Mahkemece aynen "toplanan deliller ve dosya münderecatına göre davacının işine son verilmesinde herhangi bir isabetsizlik olmadığı ve davacının alacaklı bulunmadığı anlaşıldığından" gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Karar yerinde iddia ve savunma hakkında deliller tartışılıp Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde bir değerlendirme yapılmamıştır. Karar bu nedenle bozulmalıdır. (9.HD, 18/10/1983, 5543/8016:YKD 1984/3 s. 401-402).

dd) "Gerekçe gösterilmeksizin, mücerret olarak itiraz varit görülmemiştir denilip ret kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır" (9.HD. 15/6/1984,5714/6632: Yasa 1984/7 s. 1010).

ee) "Mahkeme, davacının isteğini aynen kabul ederken bunun gerekçesini (tarafların delilleri toplanmıştır. - Tarafların tanıkları dinlenmiştir. -Bilirkişi raporu mahkemece kabule şayan görülmüştür.- Toplanan delillerle davacının davası sabit görülmüştür) sözcükleriyle açıklamıştır. Tarafların dayandıkları deliller karar yerinde karşılıklı olarak tartışılıp değerlendirilmemiştir. Oysa davalılar, delil olarak güçlü sayılabilecek fatura gibi belgelere ve bunları kısmen doğrulayan tanık beyanlarına dayanmışlardır. -Mahkemelerin kararlarının gerekçeli olacağı bir Anayasa emri olduğu kadar aynı zamanda yargılama işleminin kaçınılmaz bir unsurudur. O halde mahkemenin gerekçe niteliği olmayan, ancak sonucu gösteren yargılarla hüküm kurması usul ve yasaya aykırıdır." (4.HD. 19/12/1985, 9171/10169; Yasa, 1986/12, s.1578)

ff) "Hükmün hangi unsurları taşıması gerektiği HUMK.nun 388. maddesinde belirlenmiştir. Özellikle 3. fıkra da "iki tarafın iddia ve savunmalarının özeti, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar, ihtilaflı konular hakkında toplanan deliller, delillerin tartışılması ile ret ve üstün tutma sebepleri, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkartılan sonuç e hu-

kuki sebebin” gösterileceği açıklanmıştır. –Bunlar tümü ile hükmün gerekçelerini oluşturur. Anayasanın 141. maddesi uyarınca “bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması” zorunludur. Başkaca hiçbir açıklama yapılmadan “toplanan delillere göre” denerek oluşturulan hüküm yukarıda gösterilen kurala aykırıdır.” (2. HD. 21/9/1992, 7794/8247; HGK. 28/4/1993, 2/91-187; İKİD 1994/3985).

hh) “Mahkemece açılan dava “toplanan deliller ve tüm dosya kapsamı nazara alınarak bilirkişi kurulunun 9.2.1992 tarihli raporu” neden gösterilip kabul edilmiştir. –Oysa HUMK.nun 388/3. maddesi uyarınca karar yerinde *toplanan delillerin tartışılması, bunların red ve üstün tutulma sebepleri ile sabit görülen vakaların gösterilmesi bunlardan çıkarılan sonucun da karara yansıtılması* zorunludur. (T.C. Anayasası m.141) eldeki davada ise, genel olarak yapılan atıf nedeni ile ortada dosya kapsamına uygun karar yerinde tartışılmış mahkemeyi davanın kabulü sonucuna götüren *bir gerekçe bulunmayıp, dava sözde ve yüzeysel bir gerekçeyle kabul edilmiştir.* Kararın bu haliyle HUMK.nun 388/3. maddesine aykırılığı açıkça ortada olup bozmayı gerektirmiştir.” (15. HD. 3/2/1997, 5631/540; İBD, 1997/3, s.221)

kk) “Mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması Anayasa gereğidir (TC. Anayasası m.141). HUMK’nun 388/3 maddesi hükmünde gerekçede nelerin yer alması gerektiği gösterilmiştir. Anılan hükme göre; delillerin tartışılması red ve üstün tutulma nedenleri *sabit görülen vakalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebebin* kararda gösterilmesi zorunludur. Yoksa, somut olayda olduğu gibi “*tüm dosya kapsamı karşısında davacının davasının kabulüne karar verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır*” denilmiş olması yasanın aradığı anlamda bir gerekçenin varlığını değil, *ancak görünümdeki bir gerekçeyi gösterir.* Başka bir deyişle Merci kararı *gerekçeden yoksun, sözde gerekçelidir.* Bu haliyle gerekçeden yoksun kararın bozulması gerekmiştir.” (15.HD. 13/2/1996, 554/742; Yasa 1996/3, s.536)

ll) “Anayasa ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uyarınca mahkeme kararlarının ayrıntılı ve gerekçeli olması gerekir. Yargıtay’ca bozulan karar ortadan kalkar ve hukuki geçerliliğini yitirir. Bozulan karar sonraki kararın eki niteliğinde olmadığından bu karara atıf yapılarak hüküm kurulması isabetsiz olduğu gibi, bozulan karardaki gerekçeye dayanılması da yasal dayanaktan yoksundur. Mahkemece gerekçe gösterilmeksizin hüküm kurulması da bozmayı gerektirir” (16.HD. 10/5/1999, 1650/9741, VKD 1999/9, s.1258)

mm) “T.C. Anayasasının 141. maddesinde *mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olacağı* hükmüne yer verilmiştir. HUMK.nun değişik 388. maddesinde ise *mahkemelerin nihai kararlarında* nelere yer verileceği benzer halinde sayılıp, gösterilmiştir. *Hukukun üstün kılınması, yargıya güven duyulup bunun kuvvetlendirilmesi yansız ve aleni yargılama yanın-*

da, yoğun bir mesainin ürünü olan nihai kararların da yargılama safahatına uygun, doyurucu ve inandırıcı biçimde kaleme alınmasıyla olanaklıdır. Devletin temel esaslarını düzenleyen Anayasa'da konuya yer verilmiş olması da bundandır. –Açıklanan nedenlerle karar yazımında işin önemiyle mütenasip emeğin esirgenmemesi, beklenen özenin gösterilmesi gerekirken; temyiz edilen karar, yanlar arasında kesin hükme kavuşan 1994/491 esas sayılı davada verilen kararın ilk sayfası –dava tarihine değin- olduğu gibi aktarılacak kaleme alınmıştır. Bu husus hatadan kaynaklanmamışsa, kararın ikinci sayfasında kanıt olarak değerlendirilmesi dışında, bu aktarımın nedeni anlaşılamamıştır. *Varlığından söz edilebilmesi için gerekçenin yargılama safahatına uygun olması gerekir.* Aksi halde karar “görünürde gerekçeli” olur ki, bu da gerekçesiz karar sayılır. Kararların gerekçeli olması kamu düzenine ilişkin olmakla aksi hal bozma nedenidir.” (15. HD. 8/3/2000, 829/1121; YKD, 2000/20, s.1562)

2. YARGITAY YÖNÜNDEN

A) TEMYİZ İSTEMİ

Yerel mahkeme kararı için, *temyiz dilekçesinde* nedenleri apaçık gösterilerek bozma istemiyle *Yargıtay’a* başvurulmuştur. Yukarıda §2’de yapılan açıklamalara uygun olarak, düzenlenen *temyiz dilekçesinde*; yönetim plânına konan ve anataşınmazın ortak yerinin kat maliklerinden birine özgülenmesine ilişkin hükümden *aynî değil kişisel (istem) hakkı doğduğu, bu hakkın, 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde karşı çıkan kat maliklerine dava yoluyla ileri sürülmemesi nedeniyle yönetim plânında hükmün geçerliliğini yitirdiği, artık böyle bir maddeye dayanılarak anataşınmazın ortak yeri üzerinde tek başına (münhasıran) kullanma=zilyet olma hakkının ileri sürülemeyeceği* belirtilerek gerekçeden yoksun yerel mahkeme kararının bozulması istenmiştir.

Ne var ki, yerel mahkemelerden kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilen kararları incelemekle görevli Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 23/6/2005 gün, 4/26/6599 sayılı kararında; *irdeleme konusu yapılan somut olay bağlamında olumlu ya da olumsuz bir açıklamaya yer verilmemiş, hiçbir gerekçe gösterilmemiş, kısacası ayrıntılı olarak temyiz dilekçesinde bu yönden belirtilen bozma nedenlerine hiç mi hiç değinilmemiş, temyiz itirazları yanıtız bırakılmıştır.* Böylece, gerekçeden yoksun bir karar ortaya çıkmıştır.

Oysa Yargıtay kararı gerekçeli olmalıdır. (HUMK. Md. 439/II; Anayasa, md. 141/III). Özellikle belirtelim ki, *tarafların kararın gerekçesini bilmeleri, onların karara karşı güvenini artırır*⁽⁵⁾.

Görülüyor ki, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, HUMK ve Anayasa hükümlerine aykırı davranmıştır.

(5) KURU, a.g.e., C.II, sh. 4645

B) KARAR DÜZELTME İSTEMİ

a) Yargıtay 18. Hukuk Dairesine sunulan *karar düzeltme istemini kapsayan dilekçede: Temyiz dilekçesinde ileri sürüp hükme etkili olan itirazların tamamen yanıtızsız bırakılması, karar düzeltme nedeni olarak ileri sürülmüştür.* (HUMK, md. 440/I). Gerçekten Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin kararında; “KMK’nun 28. maddesinde açıkça sözleşme olduğu belirtilen yönetim planından aynı değil şahsî hak doğduğu, o nedenle burada 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiği” yolundaki hükme etkili temyiz itirazları tümüyle yanıtızsız bırakılmıştır.

b) Yukarıda (§2,I,1)’de belirtildiği üzere; yönetim plânından “*aynî değil şahsî hak*” doğması nedeniyle 10 yıllık zamanaşımının uygulanmasının gerekeceği, somut olayda bu sürenin geçmesinden ötürü, *yönetim planındaki hükmün iptaline karar verilmesi gereği temyiz itirazı olarak ileri sürüldüğü halde, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, hükme etkisi çok belirgin olan bu temyiz itirazını tümüyle yanıtızsız bırakmıştır ki, bu, HUMK’nun 440/I maddesine göre karar düzeltme nedenidir.*

c) Temyiz aşamasında ileri sürülmüş olan itirazların Yargıtay kararında yanıtızsız bırakılmış olması durumunda, *Yargıtayın karar düzeltme istemini kabul edip inceleme yapmak gerekir.*

d) *Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin karar düzeltme isteminin esası hakkında yapacağı incelemede; temyiz aşamasında yanıtızsız bırakmış olduğu itirazları kararı etkileyecek nitelikte bulmaması ve karar düzeltme istemini reddetmesi durumunda evvelce yanıtızsız bıraktığı ve şimdi reddettiği itirazların her biri hakkında gerekçe göstermek zorunda olduğuna (HUMK md. 2/40/II) da karar düzeltme istemini kapsayan dilekçede apaçık vurgu yapılmıştır.*

“Yargıtay, temyiz veya tamamlayıcı temyiz dilekçesinde öne sürülen sebep ve itirazları hükmün bozulması veya onanması sırasında *kısmen veya tamamen cevapsız bırakmış ise, karar düzeltilmesi üzerine bu sebep ve itirazları ayrı ayrı cevaplandırmak zorundadır.* Gerçekten temyiz edenlerin, yaptıkları itirazlar hakkında Yargıtayın ne yolda düşündüğünü bilmelerinde iç huzuru bakımından olduğu kadar, *iddia ve savunmalarının hangi hukukî esaslar yönünden kabul olunmadığının açıkça gösterilmesinde usuli bakımdan da fayda vardır. Zira, mahkemelere karşı duyulan saygı ve güvenin korunması ve gelişmesinde bu cihetin rolü büyük olduğu gibi, kanunların mahkemelerce anlaşılmasını kolaylaştırmak yönünden de büyük fayda sağlayacağına şüphe yoktur.*” (Maddenin Hükümet Gerekçesinden: bkz. Prof. Dr. Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Yıl: 2001 C.V, Sh. 4892).

e) Oysa, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, uygulamada yerleşmiş deyimiy-le formül bir karar ile yetinip HUMK. Md. 440/II hükmünün kesin buyruğuna uymamış, gerekçe göstermekten kaçınmıştır.

Öyle ki, yukarıda sözü edilen özel daire, 21/10/2005 gün, 7783/9273 sayılı ilâmla; davacı kat mâliklerinin karar düzeltme isteminin “Düzeltilmesi istenilen Yargıtay ilâmında açıklanan gerekçelere göre HUMK.’nun 440. maddesinde yazılı hallerden hiç birine uymadığından” söz edip reddine karar vermiştir. Bu karar gerçeklerle asla bağdaşmamaktadır. Çünkü:

aa) Davacı kat mâlikleri tarafından açılan davada; sözleşme niteliğindeki yönetim plânından “aynî değil şahsî hak” doğduğu, anataşınmazın ortak yeri üzerinde “münhasıran kullanma (zilyet olma) hakkının” yönetim planına konan hükümle kendisine bırakıldığı yolundaki savını 10 yıllık (BK.125) zamanaşımı süresinde, buna karşı çıkan kat mâliklerine bir dava açarak ileri sürmemesinden ötürü kişisel istem hakkının zaman aşımına uğradığı, o nedenle yönetim planındaki maddenin geçerliliğini yitirdiği savıyla “bunun iptali ve yaratılan muarazanın önlenmesi” için istemde bulunulmuştur.

bb) Yerel mahkemece, hiçbir gerekçe gösterilmeden yukarıda özet olarak belirlenen istem reddedilmiştir.

cc) Oysa, bütün mahkemelerin kararları gerekçeli olarak yazılır.

dd) Yukarıda (II,1,9,b’de) ayrıntılarıyla belirtildiği üzere, HUMK. md.388/b.3 ve Anayasanın 141/III.maddelerinin buyruğunu göz ardı ederek kararın gerekçesiz yazılması, “mutlak” bir temyiz (bozma) nedenidir.

ee) Yerel mahkeme kararı için, temyiz dilekçesinde nedenleri açık seçik gösterilerek bozma istemiyle Yargıtay’a başvurulmuş ise de, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 23/6/2005 gün, 4126/6599 sayılı kararında; irdelenen somut olay bağlamında olumlu ya da olumsuz bir açıklamaya yer vermemiş, hiçbir gerekçe göstermemiş, kısacası ayrıntılı olarak temyiz dilekçesinde bu yönde belirtilen bozma nedenlerine hiç mi hiç değinmemiş, temyiz itirazları yanıtız bırakılmıştır. Böylece gerekçeden yoksun bir karar ortaya çıkmıştır. Oysa Yargıtay kararları gerekçeli olmalıdır (HUMK. md.439/II; Anayasa, md.141/III).

ff) Yargıtay 18. Hukuk Dairesine sunulan karar düzeltme istemini kapsayan dilekçede; temyizde ileri sürülüp hükme etkili olan itirazların tamamen yanıtız bırakılması, karar düzeltme nedeni olarak belirtilmiştir (HUMK. md.440/I). Ne var ki, yukarıda sözü edilen özel dairece; “KMK.’nun 28. maddesinde açıkça sözleşme niteliğinde olduğuna vurgu yapılan yönetim planından aynî değil şahsî hak doğduğu, o nedenle burada 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiği” yolundaki hükme etkili temyiz itirazlarını tümüyle yanıtız bırakmıştır. Ki, bu, HUMK.’nun 440/I maddesinde apaçık karar düzeltme nedeni olarak belirlenmiştir.

Durum gün ışığı kadar açık iken özel dairenin; Yargıtay ilâmında bu yönden hiçbir gerekçe göstermediği halde “Yargıtay ilâmında açıklanan gerekçeler”den ve de “düzeltme dilekçesinde ileri sürülen sebepler HUMK.’nun 440. maddesindeki yazılı hallerden hiçbirisine uymadığından”

söz edip karar düzeltme isteminin reddine karar vermesi, tümüyle yasal ve hukuksal dayanaktan yoksundur.

Yineleyerek belirtelim ki, hükme etkisi çok belirgin olan bu temyiz itirazının yanıtı bırakılması, HUMK.'nın 40/I. Maddesiyle, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakılmaksızın karar düzeltme nedeni olarak kabul edilmiştir.

gg) Karar düzeltme dilekçesinde vurgulandığı üzere, Yargıtay 18. Hukuk dairesinin karar düzeltme isteminin esası hakkında yapacağı incelemede; temyiz aşamasında yanıtı bırakmış olduğu itirazları kararı etkileyecek nitelikte bulmaması ve karar düzeltme istemini reddetmesi durumunda; evvelce yanıtı bıraktığı ve şimdi reddettiği itirazlarının her biri hakkında gerekçe göstermek zorunda olmasına karşın, bu yöndeki HUMK.'nın 440/II. Maddesinin kesin buyruğuna uymaması yasal temelden tümüyle yoksun, gerçeklerle bağdaşmayan formül bir kararla yetinmesi, asla ve asla kabul edilemez; bu hoşgörülecek bir tutum değildir.

III. ADİL YARGILAMA HAKKI

1. GENEL OLARAK

Anayasanın 90. maddesi hükmüne göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukukumuzda yerini almıştır. Böylece adil yargılama hakkı Anayasamızın bir parçası haline gelmiştir. Türkiye'nin de taraf olduğu AİHS.'nin 6. maddesinde adil yargılama tanımlanmıştır. Üstelik 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 14. maddesiyle yapılan değişikliğe göre, "Herkes adil yargılama hakkına sahiptir." Böylece "adil yargılama hakkı" Anayasal bir hak olarak güvence altına alınmıştır.

Adil yargılama hakkını düzenleyen AİHS.'nin 6. maddesi pek çok hak ve ilkeyi içeren genel bir maddedir. Yargılamanın hakkaniyetine uygun, adil bir biçimde yerine getirilmesini amaçlar. Adil yargılama hukuk ya da ceza davalarında olsun, üstelik belli ölçülerde idare hukuku alanındaki davalarda da yargılamaya ilişkin ilkeleri belirleyerek, hukuk devletinin temel ögesini oluşturur. Adil yargılama hakkı aynı zamanda, demokratik bir toplumda çok önemli rol oynamaktadır; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine göre, "adil yargılama hakkının demokratik bir toplumda öne çıkan yeri, bu alandaki denetim açısından mahkemeyi, dava konusu usulün gerçeklerini incelemeye sevk etmektedir⁽⁶⁾.

2. ADİL YARGILAMA HAKKININ GEREKÇELİ KARAR ALMA HAKKINI DA KAPSADIĞI

Gerekçe en geniş anlamı ile yargı mercilerinin, yargısal etkinliklerine konu, eylem, işlem ve kararlarının doğru, haklı, yasal, akla(mantığa), vic-

(6) Ayrıntı için bkz., Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Yıl:2002, sh. 4 vd.

dana uygun ve denetlenmesine olanak verecek biçimde temellendirilmesi olarak tanımlanabilir. Gerekçeli karar hakkı, adil ve rasyonel biçimde yargılamayı sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır⁽⁷⁾. Mahkemenin kararlarını gerekçeli verme yükümlülüğü, AİHS'nin 6. maddesinde açıkça yer almamakla birlikte hakkaniyete uygun yargılama ilkesi çerçevesinde İHAM tarafından tanınmaktadır⁽⁸⁾.

İHAM, kural olarak, adil, güvenli ve rasyonel bir yargılama için gerekçeli karar alma hakkını gerekli ve zorunlu bir hak olarak kabul etmektedir. Mahkeme, önüne gelen bir başvuruda millî (ulusal) adli katın yasal gerekçe göstermede davayı reddetmesini, açık ihlal olarak nitelemiş bulunmaktadır⁽⁹⁾.

Millî mahkemelerin davanın sonucu ile doğrudan ilgili ve sonucu belirleyici savları yanıtsız bırakması durumunda, AİHS'nin 6/I. Maddesi ihlal edilmiş olur. Gerçekten de millî mahkemeler kararlarının dayanaklarını yeteri kadar açık biçimde göstermek zorundadırlar⁽¹⁰⁾.

İç hukukta dava sırasında açık ve somut bir biçimde ileri sürülen bir iddia davanın sonucunu değiştirebilecek bir iddia ise davayla doğrudan ilgilidir ve millî mahkeme tarafından gerekçe gösterilerek değerlendirilmelidir. Söz konusu iddiaya ilişkin "ayrı ve açık" bir değerlendirmenin kararın gerekçesinde yer almaması adil yargılama hakkı açısından ihlal nedenidir⁽¹¹⁾.

İlk derece mahkemesinin gerekçesi öğrenilmeden temyiz için başvuru yapmak zorunda kalınması İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/I. Maddesi açısından ihlale neden olmaktadır. Gerekçe öğrenilmeden kanun yollarına başvuru yapmak zorunda kalınması kişiye tanınan kanun yollarına etkili başvuruyu engellediği için, adil yargılama bağlamında büyük önem taşır⁽¹²⁾.

3. ADİL YARGILAMA HAKKININ İHLALİ

Şimdiye değin yapılan açıklamaların ışığında, irdelenen somut olay bağlamında belirtelim ki, davacı kat mâliklerinin gerek Anayasanın 36. maddesiyle ve gerekse bu yasanın 90. maddesiyle iç hukuka sokulan AİHS'nin 6. maddesiyle güvence altına alınan adil yargılama hakları ihlal edilmiştir. Çünkü,

a) Açıkça dava konusunda yer alan ve yönetim planındaki hükümden "aynî değil şahsî hak" doğduğu, 10 yıllık zamanaşımı süresinde (BK. md. 125) dava açılmadığı için kişisel istem hakkının zamanaşımına uğradığı, o

(7) Hilmi ŞEKER, Strazburg Yargı Kararlarında: Doğru, Hakkı, YASAL VE MAKUL GEREKÇE BİÇİMLERİ, İstanbul Barosu Dergisi, c.78, sayı:2004/2, sh.444,448

(8) İNCEOĞLU, a.g.e., sh.309. ŞENER, a.g.m., sh.448

(9) ŞENER, a.g.m. sh. 453

(10) İNCEOĞLU, a.g.e., sh.311/314

(11) İNCEOĞLU, a.g.e., sh.311/314

(12) İNCEOĞLU, a.g.e., sh.311/314

nedenle yönetim planındaki maddenin geçerliliğini yitirdiği savıyla “bunun iptali ve yaratılan muarazanın önlenmesi” yolundaki istem hakkında yerel mahkeme, hiçbir açıklama yapmadan, hiçbir gerekçe göstermeden red kararı vermiştir.

b) Yerel mahkeme kararı için temyiz dilekçesinde nedenleri apaçık gösterilerek bozma istenildiği halde Yargıtay (18. HD.), irdelenen somut olay bağlamında olumlu ya da olumsuz bir açıklamaya yer vermemiş, hiçbir gerekçe göstermemiş, kısacası temyiz itirazlarını yanıtızsız bırakmıştır.

c) Yargıtay, karar düzeltme aşamasında, hükme etkisi çok belirgin olan temyiz itirazlarını yanıtızsız bırakarak, HUMK.nun (440/I,II) hükümlerine apaçık aykırı davranmıştır.

Görülüyor ki, gerek yerel mahkeme ve gerekse Yargıtay (18. HD.) irdelenen somut olay bağlamında davacıların adil yargılama haklarını, böylece Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini de ihlal etmiştir.

§4. SONUÇ

Şimdiye deyin yapılan açıklamalarla, yönetim plânı sözleşme niteliğinde olup anataşınmazın ortak yerinin kat maliklerinden birine özgülenmesi (tahsisi) bağlamında yönetim plânına konan hükümden “aynî değil şahsî hak” doğabileceği, BK’nun 125. maddesine göre böyle bir istem hakkına 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiği gün ışığına çıkmış bulunmaktadır.

Şu yönü de yineleyerek önemle belirtelim ki, irdelenen somut olayda: yönetim plânına yararına madde konulan kat mülki, 10 yıllık zamanaşımı (BK. Md.125) süresi içinde ortak yer üzerinde tek başına (başlı başına) kullanma saviyle, buna karşı çıkan kat mülklerine mahkemede dava açmayarak yönetim plânından kaynaklanan kişisel hak=istem hakkı zamanaşımına uğradığı halde, somut olaydaki davada yer alan istem doğrultusunda karar vermeyen ve bu yönden gerekçe göstermeyen yerel mahkeme kararına yöneltilen temyiz itirazlarını olumlu ya da olumsuz açıklama da yapmadan, hiçbir gerekçe göstermeden yanıtızsız bırakan ve de karar düzeltme aşamasında (HUMK. Md. 440/I.b.1) temyiz itirazlarının her biri hakkında gerekçe göstermek zorunda olmasına (HUMK. Md. 440/II) karşın, böyle yapmayarak uygulamada yerleşmiş, deyimiyile formül bir kararla karar düzeltme istemini reddeden Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, bu tutumu sonucu davacıların çok büyük haksızlığa uğramalarına neden olmuştur.

HUMK, md. 388, b. 3:439/I; 440/II; Anayasa md.141/III hükümleriyle zorunlu olarak yükletilen göreve karşın, kararlarında gerekçe göstermeyen yerel mahkeme hâkimleriyle Yargıtay başkan ve üyelerine yaptırım uygulamak gerekip gerekmediği konusu tartışmaya açıktır.



AVUKATLIK MESLEĞİNDE REKLAM YASAĞI

Av.FİLİZ SARAÇ^()*

I. KİTLE İLETİŞİM ARAÇLARI İLE REKLAM YASAĞININ İHLALI A. GENEL OLARAK

Reklam; geçmişten günümüze değin süregelen bir iletişim, bir bilgilendirme aracıdır. Reklam üretilen ya da pazarlanan bir malın veya hizmetin topluma, yani bu maldan veya hizmetten yararlanabilecek durumda bulunan kimselere, tanıtımını yapmak, satışını arttırmak veya imajını yaratıp güçlendirmek amacıyla hazırlanan, içerisinde bu reklamı yaptıran firmanın adının ya da mal ve hizmet markasının yer aldığı ve bu bilgilerin yazılı, işitsel ya da görsel biçimde dışarıya yansıtıldığı bir iletişim aracıdır.

Yasalarımız ticari hayatın içinde bu denli önemli yeri bulunan reklamın nasıl yapılması gerektiğini düzenlemektedir. Avukatlık Kanunumuzun 1. maddesinin tanımıyla hem kamu hizmeti, hem de serbest bir meslek olma özelliğine sahip olan avukatlık mesleğinin, bir hizmet olarak ifade edilme ve tanıtılma gereksinimi olabilir. Ancak bu dışa ifade edilme ve tanıtılmanın nasıl yapılacağına ilişkin kural ve yöntemler, ticari hayattaki mevcut düzenlemeyle mutlaka farklılıklar içermeli, bu tanıtımın nasıl yapılacağına dair ayrı düzenlemeler bulunmalıdır. Çünkü avukatlık bir ticari hizmet değil daha çok kamu yönü ağır basan bir hizmettir.

İletişim organlarının çoğalması, teknolojinin gelişmesi ile birlikte ortaya yeni mesleklerin çıkmasının yeni iş alanlarının oluşmasının yanı sıra klasik mesleklerin icra edilmesinde de büyük değişiklikler meydana getirmiştir. Bu gelişim ve değişim, bir kamu hizmeti olan avukatlık mesleğine ait reklam yasaklarının sınırlarını kimi zaman zorlamakta; mesleğin niteliğinden ötürü avukatların tabi oldukları reklam yasakları alanına da yeni sorular ve sorunlar doğurmaktadır.

Reklam Yasağının sınırlarının ne olması gerektiği, bu yeni gelişmeler karşısında güncel bir sorun olarak Baroların ve avukatların karşısına çıkmaktadır. Avukatlık mesleğinin; yargının kurucu unsuru olması, Ada-

(*) İstanbul Barous Başkan Yardımcısı

leti sağlamaktaki rolü, güven unsuru temeline dayanması ve kamu hizmeti niteliği, yeni düzenin getirdiği sınırsız olanaklar karşısında ortaya çıkan çelişkiler, bu konudaki mevzuatın sıkça değiştirilmesi ve içtihatlarla geliştirilmesi sonucunu doğurmayışürdürmektedir. Kimi zaman sınırlar ötesi iş ve işlemlerin yapıldığı hukuk alanında avukatlar, diğer ülkelerdeki muhatapları tarafından kendi ülkelerindeki hukuki sorunları çözümlemek için aracı durumunda bırakılmaktadırlar. Bu durum zaman zaman ülkemiz avukatını, reklamla donanmış yabancı büroların korumasızlığı ile karşı karşıya bırakabilmektedir. Meslek kuralının çok tartışılır olma özelliği, mevcut düzenlemenin bilinmesi ve öncelikle doğru anlaşılması gerektiği düşüncesi, bu çalışmanın yapılmasındaki temel unsurdur.

Bilindiği gibi 1136 sayılı Avukatlık Yasası 1. maddesinde avukatı, yargının kurucu unsurlarından biri olarak tanımlamış, kamu hizmeti yönünü ağır basan serbest ve bağımsız bir meslek olarak nitelemiştir⁽¹⁾.

Reklam yasağının gerekçelerini; avukatların rakip değil meslektaş olmaları nedeniyle rekabetin reddi ve İsviçre Federal Mahkemesinin içtiha-
dı belirtmektedir. Kararda, gerekçeyi, *Avukatların, adaletin yardımcısı olmaları nedeniyle ticari reklamın yalnız kendilerini değil, adaletin itibarını ve dolayısı ile devletin esas kurumlarından birini zedeleyeceği* hususları oluşturmaktadır⁽²⁾.

Bu derece önemli olan bir mesleğin, reklama gereksinimi olmaması gerektiği yönündeki görüş Avrupa'daki pek çok ülkede reklam yasağı mevzuatlarında yer almıştır⁽³⁾.

II. REKLAM YASAĞINA İLİŞKİN HUKUKSAL DÜZENLEMELER

A. AVUKATLIK YASASI

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın "Reklam Yasağı" başlıklı 55 inci maddesine göre;

"Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat ünvanı ile akademik ünvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır.

(Ek 02.05.2001-4667/35) Bu yasa, ortak avukat bürosu ve avukatlık ortaklığı hakkında da uygulanır.

Yukarıdaki yasaklara ilişkin esaslar Türkiye Barolar Birliğince düzenlenecek yönetmelikle belirlenir"

Mevzuatımızda Avukatlık Yasası'na getirilmiş bulunan 55. madde reklam yasağı açısından kaynak teşkil etmektedir. 02.05.2001 tarihinde yapılan değişiklikle maddeye 2 ve 3. fıkralar eklenmiştir. 2. fıkra ile rek-

(1) Avukatlık Kanunu - İstanbul Barosu Yayını B: 1 - Ocak 2005

(2) Erem, Faruk, Meslek Kuralları şerh, Ankara 1995, s.54.

(3) Avukatlık Yasaları, İzmir Barosu Yayınları, Ekim 2004, s.

lam yasağı yeni yasa ile getirilen avukatlık ortaklığına da yayılmış, 3. fıkra ile de reklam yasağına ilişkin esasların Türkiye Barolar Birliği'nce düzenlenecek yönetmelikle belirleneceğini öngörmüştür.

B. TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ REKLAM YASAĞI YÖNETMELİĞİ

Avukatın reklam yasağı incelenirken, Avukatlık Kanununun 55. maddesinin 3. fıkrası ile düzenleneceği öngörülen; 14.11.2001 tarihli ve 24583 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Reklam Yönetmeliğini yürürlükten kaldırarak 21.11.2003 günlü 25296 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği bu atıf nedeni ile reklam yasaklarının saptanması ve yorumunda başvurulması gereken asli kaynak olmalıdır. Söz konusu yönetmelik incelendiğinde reklam yasaklarının madde başlıkları halinde aşağıdaki ayrıma göre düzenlendiği görülmektedir:

- 1) Tabela (md. 5) ,
- 2) Basılı evrak (md. 6) ,
- 3) Telefon rehberi (md. 7) ,
- 4) Medya (md. 8) ,
- 5) İnternet (md. 9) ,
- 6) İşbirliği (*işbirliği yaptığı avukatları, ortak avukat bürolarını, avukat ortaklıklarını duyurmama, açıklamama*) (md.10) ,
- 7) Yükümlülük (*Avukatın reklam sayılacak davranışı engelleme yükümlülüğü*) (md.11)

Reklam yasaklarının çeşitliliği ve her birinin ayrı bir çalışma konusunu oluşturduğuna ilişkin düşüncemiz nedeni ile 21.11.2003 günlü 25296 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren TBB Reklam Yasağı Yönetmeliğindeki ayrıma göre reklam yasaklarını başlıklar halinde ele alarak yaptığımız çalışmamızda, ilk çalışma konumuz "*Medya İlişkilerine Bağlı Reklam Yasağı*" olarak ele alınmış ve bu konu ile sınırlandırılmıştır.

TBB Reklam Yasağı Yönetmeliğinde basın ve diğer kitle iletişim organları ile meydana gelen reklam yasağı ihlalleri "*Medya İlişkileri*" başlığı ile 8. maddede düzenlenmiştir⁽⁴⁾:

Medya İlişkileri

Madde 8 - Bu yönetmelik kapsamında olanlar ;

a) Adres değişikliğini, büro açılışını ve altı ayı aşan ara vermeden sonra yeniden mesleğe dönüşünü; avukatlık ortaklığına girişini ve çıkışını, reklam niteliğini taşımayacak şekilde, gazete ve sair yayın yolu ile bir kez duyurabilirler. Avukatlık ortaklığının tescil ya da sona ermesi ya da ortaklardan birinin ayrılması ilan yolu ile duyurulabilir,

(4) Avukatlık Kanunu , İstanbul Barosu Yayını B: 1, Ocak 2005.

b) Yaşamları, kazançları, mesleki faaliyeti hakkında "reklam niteliğinde" yayınlarda bulunamaz, halen ya da eskiden takip ettiği, devam eden veya sonuçlanmış bir dava hakkında; dava ile özdeşleşip tarafların sözcüsü gibi hareket edemez, davanın hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla ve zorunlu haller dışında yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarına ve internet'e görüntü, bilgi, demeç veremez, açıklama yapamazlar,

c) Yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarında ve internet'te röportaj, sohbet, konuşma, tartışma ve benzeri programlara katıldıklarında; reklam sayılabilecek her türlü davranıştan, avukatlık mesleğini zedeleyici her türlü açıklamadan kaçınmak zorundadırlar,

d) Avukat unvanı kullanarak yazılı, işitsel, görsel iletişim araçlarında ve internet'te yönetmen, düzenleyici, danışman ve sair sıfatlar ile dizi, sürekli yayın, süreli ya da süresiz programlar hazırlayamaz, sunamaz, yönetemez, hazırlanmasına, sunulmasına ve yönetilmesine katılamazlar,

e) Gerek mahkemede temsil görevini yerine getirirken, gerek yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçları ve internet ile ilişkisinde kendisini veya üzerinde çalışmakta olduğu hukuki işi reklam olabilecek nitelikte ön plana çıkaramazlar.

Karar içeriklerinde sıkça rastlanacağı için aynı yönetmeliğin "Yükümlülükler" başlığını taşıyan 11. maddesi de medya ilişkileri başlıklı reklam yasağı ile yakından ilgilidir. Bu nedenle avukatın medyaya ilişkin reklam yasağı ile birlikte ele alınması gerekmektedir. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

Yükümlülükler

Madde 11- Bu Yönetmelik kapsamında olanlar; salt ün kazanmaya yönelik her tür girişim ve eylemlerden kaçınmak, iş elde etmek için reklam sayılabilecek her hangi bir girişim ve eylemde bulunmamak, üçüncü kişilerin kendileri için reklam sayılabilecek bu tür eylem ve davranışlarına izin vermemek, engel olmak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler.

C. TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ MESLEK KURALLARI

Bilindiği üzere halen yürürlükte olan Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, 1136 sayılı Avukatlık Kanununa göre TBB Yönetim Kurulu tarafından düzenlenmiş, TBB'nin 8-9 Ocak 1971 günlerinde yapılan IV. Genel Kurul toplantısında kabul edilmiş, 50. maddesi hükmüne göre 26 Ocak 1971 günlü ve 5 sayılı TBB bülteninde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Tüm meslek mensuplarımızı bağlayıcı nitelikte olan ve 50 maddeden oluşan bu kuralların 7, 8 ve 40. maddeleri reklam yasaklarına ilişkindir. Buna göre :

Madde 7: "Avukat salt ün kazandırmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır "

Madde 8: “Avukat kendine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekinir.”

Madde 9 “Avukat kanunen bulunduğu başkaca mevki ve olanaklarının mesleki çalışmalarına etkili olmamasına dikkat eder.”

Madde 40: “Avukat kesin olarak zorunlu bulunmadıkça müvekkili adına basına açıklamada bulunamaz. Açıklamalarda Adalete etkili olmak amacı güdülemez”.

TBB Meslek kurallarının aşağıda yer alan 5. maddesi, “Yargı Organlarıyla ve Adli Mercilerle İlişkiler” başlığını taşıyan 18. maddesi, “Meslektaşlar Arası Dayanışma ve İlişkiler” başlığını taşıyan 26 ve 27. maddeleri başkaca meslek kurallarının ihlalini ilgilendirmekle birlikte belirtilen nedenlerle kanımızca olayın özelliklerine göre reklam yasağının da ihlal niteliği taşıyabilecektir. Buna göre :

Madde 5: “Avukat yazarken de, konuşurken de düşüncelerini uygun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır”

Madde 18: “Avukat daha önce hakim, savcı, hakem ya da başkaca resmi bir sıfatla incelediği işte görev alamaz.”

Madde 26: “Hiçbir avukat, bir meslektaşının mesleki tutum ve davranışları hakkındaki düşüncelerini kamuoyuna açıklayamaz. Bu yoldaki şikayetlerin mercii yalnız barolardır.”

Madde 27: “Hiçbir avukat; herhangi bir meslektaşı özellikle hasım vekili meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini ve düşüncelerini açıkça belirtmez”

D. AVRUPA TOPLULUĞU MESLEK KURALLARI

Avrupa Topluluğu Meslek Kuralları üye on iki ülkenin baroları temsilcilerinin 28 Ekim 1988 tarihinde *Strausbourg*'ta yaptıkları toplantıda oybirliğiyle kabul edilmiştir. Avukatlara uygulanan kurallardır. Getiriliş amacı; kuralların 1.3. maddesinde “Meslek Kurallarının Amaçları” başlığı ile açıkça belirtilmiştir:

1-3 Meslek Kurallarının Amaçları

1.3.1 Avrupa Topluluğunun giderek yerleşmesi ve avukatın bu topluluk içindeki çalışmalarının sınırlar ötesi alanlarda yoğunlaşması sonucu, kamu yararı doğrultusunda, artık avukata aslen hangi baroya mensup olursa olsun topluluk içinde tabi olacağı tek tip meslek kurallarının belirlenmesi zorunlu olmuştur.

Topluluk içinde uygulanacak meslek kurallarının bir tanımını yapmanın en önemli amacı, 22 Mart 1977 tarih ve 77/249 sayılı Topluluk talimatının 4üncü maddesinde öngörüldüğü üzere, değişik meslek kurallarının uygulanmasından ortaya çıkabilecek zorlukların önlenmesidir.

1.3.2 C.C.B.E. Bünyesinde toplanmış avukatlık mesleği ile ilgili kuruluşların temsilcileri, aşağıda hüküm altına alınmış kuralların,

- Şimdiden AT barolarının ortak düşüncelerinin bir ifadesi olarak kabul edilmesini,

- En kısa sürede ulusal ve/veya topluluk prosedürleri uyarınca, avukatın AT içindeki sınırlarötesi etkinliğine uygulanmasının sağlanması,

- Meslek kurallarından ulusal düzeyde yapılacak her gözden geçirme (revizyon) sırasında bu kuralları dikkate alınmasını, böylelikle AT meslek kurallarının giderek artan bir ölçüde uyumunun sağlanmasını temenni etmektedirler.

Bu meslek kurallarının sınırlarötesi faaliyetlere uygulanması söz konusu olduğunda, avukat, üyesi bulunduğu baronun kuralları ile, ancak, bu sonuncuların, Avrupa Topluluğu Avukatları Meslek Kuralları ile bağdaştığı ölçüde bağlı olacaktır.

....

1.5. Ratione Materiae (Madde itibariyle yetki) Kuralının Uygulama Alanı

Milli sınırlar içinde uygulanabilecek kuralların gittikçe gelişme gösteren uyumuna engel olmamak şartıyla aşağıdaki kurallar, avukatın Avrupa Topluluğu içindeki sınırlarötesi etkinliklerine uygulanacaktır. Sınırlarötesi etkinliklerden anlaşılan:

a) Diğer bir üye devlet avukatı ile mesleki ilişkiler,

b) Avukatın şahsen bulunmadığı bir diğer üye devlette sürdürdüğü etkinlikler.

Ayrıca Avrupa Topluluğu hukukun uygulanması ile ilgili olarak bir üye devletin avukatı, hukuki faaliyetin yer alacağı karşı üye devletin barosunun meslek kurallarına uymak durumunda kalabilir. Bu durumda avukat, belli bir faaliyet nedeniyle uymak zorunda olduğu meslek kuralları hakkında bilgi edinmek zorundadır.

Avrupa Topluluğu Meslek Kurallarının içeriklerine ilişkin bu saptamalardan sonra; Avrupa Birliği üyeliğine ilişkin süreç nedeni ile kendisini Birliğe uyumlu duruma getirmeye çalışan ülkemizin mevcut düzenlemesiyle Avrupa Birliği meslek kurallarını reklam açısından değerlendirmekte yarar vardır.

Reklam yasağına ilişkin mevcut Baro Yönetim Kurulu ve Disiplin Kurulu kararları incelendiğinde; Reklam yasaklarına ilişkin ihlal gerekçesi ile disiplin soruşturması ya da kovuşturmasının muhatabı olan avukatların savunmalarında; Avrupa ile entegrasyon sürecini ve Avrupa avukatlarının faaliyetlerini gerekçe göstererek mevcut kural ve uygulamalara ilişkin eleştiriler yöneltmeleri en çok rastlanan durum olarak göze çarpmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda Avrupa Topluluğu Meslek Kuralları-

na yer vermemizdeki asıl amaç; bu savunma ve eleştirilerin yerindeliğini saptayabilmek, Avrupa Birliği Meslek Kuralları ile mevzuatımız arasındaki reklam yasaklarında bir çelişki olup olmadığını saptamak gereksinimidir.

Avrupa Topluluğu Avukatlık Meslek Kuralları incelendiğinde madde 2.6.2'nin reklam yasağını açıkça düzenlediği görülür. Bu maddeye göre:

2.6. Şahsi reklam

2.6.1 *Avukat, yasak olduğu yerde ne kendisi, ne de başkası vasıtasıyla hiçbir şahsi reklam yapamaz, yaptıramaz.*

Ayrıca, ancak bağlı bulunduğu baronun kurallarının izin verdiği ölçü içinde şahsi bir reklam verebilir veya verdirebilir.

2.6.2 *Şahsi reklam, özellikle medya vasıtasıyla yapılacak şahsi reklam, ancak ilgili avukat bu reklamın mevcut ve ileride olması muhtemel müvekkillere yönelik ve sadece onların bulunduğu ülke sınırları içinde geçerliliğine izin veren baronun mensubu ise mümkün olacaktır. Söz konusu reklamın başka bir ülkede yayınlanması karışıklığa neden olacaktır.*

Görüldüğü üzere Avrupa Topluluğu Meslek kuralları mevzuatımız ile hiç bir çelişki taşımadığı gibi reklam yasakları pek çok üye devlette uygulanmaktadır. Nitekim:

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun 24.06.2003 tarihinde 2003/14 D, 2003/138 K sayılı kararında: *“yakınanın 29.07.2002 günlü dilekçesinde VIP dergisinde yayınlanan bir yazıda, iki ayda bir yayınlanan VIP dergisinin magazin ağırlıklı, abonelik esasına dayalı olup bayilerde satılmadığını; abone yapmak için gelen dergi yetkilisinin bürosundan etkilenerek yaptığı teklif üzerine röportaj yaptıklarını; derginin formatına uygun olarak öz hayat hikayesine yer verildiğini, büyük emekler vererek yapılandığı X Hukuk Bürosundan da bu çerçevede bahsedilmesinin doğal olduğunu; röportaj notlarının dergi editörlerince düzenlendiğini savunmuştur. Yapılan incelemede VIP dergisinin yayınlanan*

“katılımcı ve çoğulcu bir sistem içinde çalışan X Hukuk Bürosu, İstanbul'un hemen her adliyesinde bulunan çalışmasıyla, zamandan kazarak sorunları son derece süratle çözüyor.

Getirdikleri kadro ile Türkiye'nin dört bir yanı bir tarafa dünyanın her tarafına da yetismeye çalışıyorlar.”

Biçimindeki anlatımlar, bir gazetecinin kendiliğinden gözlemleyip aktarabileceği nitelikte sözler olarak kabul edilemez.

Avukatlık yasasının 55.maddesinin gönderme yaptığı TBB Reklam yasağı Yönetmeliği'nin “Medya İlişkileri” başlıklı 8.maddesinin konuyla ilgili bölümleri şöyle düzenleme yapmaktadır:

.....

Savunmada değinilen Avrupa Topluluğu Avukatlık Meslek kurallarının ilgili maddelerini de olduğu gibi aktararak değerlendirmek gerekirse:

1-2 Meslek Kurallarının Mahiyeti

1.2.2 Her baronun örf ve adetlerinden kaynaklanan kendine özgü meslek kuralları vardır. Bu kurallar, sözkonusu üye devlette mesleğin faaliyet sahasına, milli mevzuata, adli ve idari uygulamaya uyum sağlar. Bu kuralları genelleştirmek ve köklerinden ayırmak ne doğru, ne de arzu edilen bir durumdur. Her baronun kendi meslek kuralları, çoğu zaman, aynı değerlere dayanan belli bir tabanı oluşturmaktadır.

2.6 Şahsi Reklam

2.6.1 Avukat, yasak olduğu yerde ne kendisi, ne de başkası vasıtasıyla hiçbir şahsi reklam yapamaz, yaptıramaz.

Ayrıca, ancak bağlı bulunduğu baronun kurallarının izin verdiği ölçü içinde şahsi bir reklam verebilir veya verdirebilir.

2.6.2 Şahsi reklam, özellikle medya vasıtasıyla yapılacak şahsi reklam, ancak ilgili avukat bu reklamın mevcut ve ileride olması muhtemel müvekkillere yönelik ve sadece onların bulunduğu ülke sınırları içinde geçerliliğine izin veren baronun mensubu ise mümkün olacaktır. Sözkonusu reklamın başka bir ülkede yayınlanması karışıklığa neden olacaktır.

Bu kurallar ile mevzuatımız arasında hiçbir uyumsuzluk gözlenmemektedir.”

denilerek karara konu röportajın AY'nın 55. maddesi ve Meslek kurallarının 8. maddesi ve 135/3 maddelerine aykırı olması nedeni ile avukata hakkında daha önceki kesinleşmiş para cezası da dikkate alınıp ağırlaştırma yapılarak PARA CEZASI verilmiştir. Bu karara yapılan itiraz üzerine TBB Disiplin Kurulu 23.01.2004 tarihli 2003/359 E, 2004/22 sayılı kararı ile kararı esas yönünden yerinde bulmuş, sadece para cezasının miktarı yönünden DÜZELTİLEREK ONANMASINA karar vermiştir.

III. YÖNETİM KURULU VE DİSİPLİN KURULU KARARLARI IŞIĞINDA MEDYA YOLU İLE İHLAL EDİLEN REKLAM YASAKLARI

Reklam yasaklarına ilişkin verilen Yönetim ve Disiplin Kurulu kararlarına bakıldığında medya yolu ile reklam yasağının saptanmasında,

- 1) Şikayete konu fiilin reklam yasağı ihlali içerip içermediği;
- 2) “Bilgi verme” amacı sınırının aşılp aşılmadığı;
- 3) Avukatın ihlale konu fiilin oluşmasında kastının olup olmadığı;
- 4) İhlalin meydana gelmesinin kendi bilgisi dışında olduğuna ilişkin savunmalarda “engelleme – tekzip etme”ye yönelik bir gayrette bulunup bulunmadığı hususlarına bakıldığını söyleyebiliriz.

Baro Yönetim Kurulunca res'en soruşturma açılması diğer meslek kurallarındaki fiillere göre daha fazla olan Reklam Yasağının konusunu teşkil eden fiillerin hukuksal niteliği sadece disiplin yargılamasını gerektirmektedir.

Medya yolu reklam yasağına ilişkin ihlallerde ve emsal Disiplin Kurulu kararlarına bakıldığında; verilen disiplin cezasının daha çok AK 135. maddesinde yer alan disiplin cezalarından UYARMA, olayın özelliğine göre bazı durumlarda KINAMA ve PARA CEZASI olduğu görülmektedir.

Şikayete konu fiilin reklam yasağı ihlali içerip içermediğinin tespitinde; reklam yasağına konu olan fiilin içeriğinin, reklama yönelik olup olmadığının disiplin suçunu oluşturup oluşturmadığının önem kazandığı görülmektedir. Şöyle ki;

• **İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun 12.08.1999 tarihli 99/Ş.212, K.99/412 K sayılı kararında;** İstanbul Barosuna kayıtlı yakınılan avukatın, 17.02.1999 tarihli Hürriyet gazetesinde çıkan ilanda adının bulunması nedeni ile başlatılan disiplin soruşturmasında yapılan incelemede; ilanın Malta Ticaret Heyetinin bir otelde belli gün ve saatte ve belli konularda Türk işadamları ile ticari anlaşmalar yapmak üzere bir daveti içerdiği, Malta Konsolosluğu İstanbul başlığı altında telefon ve faks numaraları ile en alt satırda "Av X'in dikkatine" yazılı bulunduğu, avukatın mesleğinin yanı sıra Malta Fahri konsolosluğu yapmasının ona titr kazandırdığı ve iş ve para kazanmak amacıyla yapıldığı savı ile başlatılan disiplin soruşturmasında; fahri konsolosluğun AY 12. maddede sayılan avukatlıkla birleşebilen işler kapsamında sayılması gerektiği, bu sıfatın mesleği ya da görev nedeni ile tanınmış kişilere verilmekte olduğu, bu nedenle ün ve para kazanmak için alınan titr niteliği taşımadığı gerekçesi ile DİSİPLİN KOVUŞTURMASI AÇILMASINA YER OLMADIĞINA karar vermiştir.

• **İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun 2002/Ş.460, K.2002/1231 sayılı 03.12.2002 tarihli kararında;** Hürbakiş adlı yerel gazetede yer alan bir sayfalık röportajı nedeni ile başlatılan disiplin soruşturmasına ilişkin savunmasında; yakınılan avukatın bölgesindeki 237 sivil toplum örgütünün ortaklaşa katıldığı Kent Meclisi adlı sivil inisiyatifin 2 yıldır başkanlığını yaptığını; bu nedenle basın ve kamuoyu önünde olduğunu, anlatımlarında avukatlık kimliğini kullanmadığını savunmuştur. Yapılan incelemede yerel gazetenin röportajının yer aldığı içeriğinde avukatın başkanlık yaptığı Kent Meclisi adlı sivil platformun Y belediye başkanı ile ilişkiler ile yakınılan avukatın avukat kimliğine ve reklama yer vermeksizin şahsını tanımaya yönelik bir röportajdan ibaret olduğundan bahisle DİSİPLİN KOVUŞTURMASI AÇILMASINA YER OLMADIĞINA karar vermiştir.

• **İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun 23.09.1999 tarihli 1996/Ş.253, K.99/496 sayılı kararında;** Av X'in 08.06.1996 günlü

Hürriyet gazetesinin 1 ve 24. sayfasında yayınlanan “bir devi yendim” başlıklı haberde rekabet yasağına aykırı hareket ettiğini iddiası ile açılan disiplin soruşturmasında; taraflar arasındaki davanın özelliği dikkate alındığında, şikayetli avukata atfedilen sözlerin savunma ve iddia sınırları içinden kaldığından bahisle 3 üyenin muhalefet oyuna karşılık oyçokluğu ile DİSİPLİN KOVUŞTURMASI AÇILMASINA YER OLMADIĞINA karar verilmiştir.

(Kanımızca bu karar yerinde değildir. Kararın karşı oy gerekçelerinde belirtildiği gibi “yakınmaya konu olan haberin Av X’in, Halis Toprak ile ilgili boşanma davasının seyir ve sonuçları hakkındaki açıklama ve yorumlarında davadaki başarısına ilişkin açıklamalarda bulunması, kararın henüz kesinleşmemiş olması karşısında yargı ile ilişkilerindeki etkileyebilecek nitelikte açıklamalar yapmaması gerekmektedir. “ Kararda iddianın rekabet yasağı olarak tanımlanması da kanundaki tanımlama ile uygun düşmemektedir. İhlal edilen reklam yasağı kurallarıdır.)

• **İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun 2002 / D.193, K. 2003/127 sayılı 17.06.2003 tarihli kararında;** Berlin’de dağıtılan iş rehberinde “Türk hukuku Avukatı X, Türk Hukuk ve Türkiye ile ilgili sorunlar için boşanma, evlenme, tanıma ve tenfiz, miras, alacak, tazminat, icra takibi , gayrimenkul işlemleri” ibaresine yer verilen ilanı bulunması nedeni ile baro başkanlığınca yapılan soruşturma sonucu KINAMA CEZASI verilmiştir. Söz konusu karar TBB nin 23.01.2004 tarihli 2003/357 E, 2004/20 K sayılı kararı ile onanmıştır.

• **İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun 04.03.2003 tarihli D.2002/227, K.2003/41 sayılı kararında;** yakınılan avukatın Bahçeşehir’de yayınlanan Pazarola adlı dergide çıkan haberler nedeni ile açılan kovuşturmada yaptığı savunmasında; ücretsiz dağıtılan ve ticari amaç gütmeyen bir yayın olduğunu, kendisiyle ilgili yapılan röportajda güncel konulara değindiğini ve reklam sayılacak konulardan kaçındığını beyan etmiştir. Yapılan incelemede, söz konusu derginin Mart 2002 sayısının kapağında duyurulan 4 fotoğraf ve başlıktan birinin yakınılan avukata ait olduğu, başlıkta “Bahçeşehir’in ilk hukuk bürosu” deyiminin kullanıldığı, 13. sayfada X HUKUK BÜROSU başlığı ile sayfanın tamamen yakınılan avukatın röportajına ayrıldığı; yazının içeriğinde;

“Bahçeşehirlilerin avukatı olmaktan gurur duyuyorum.”

“Bahçeşehirlilere her türlü hukuki konuda danışmanlık yapmaya ticari olarak değil komşu olarak hazırım. “

“Bütün Bahçeşehirliler beni çekinmeden arayabilir”

“Her türlü gayrimenkul,ekonomik ,ailevi problemlerde ne olursa olsun hizmet vereceğim”

“Ben Bahçeşehirlilere hizmet için geldim. Hiç çekinmeden hukukçu olarak elimden gelen her konuda bana danışabilirler.”

biçiminde açıklamaların bulunduğu gerekçesi ile yakınılan avukatın A Yasası 55. maddesi ve TBB Reklam Yönetmeliği'nin 8.maddesine aykırı davranışı nedeni ile KINAMA CEZASI ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Şikayete konu fiilde "Bilgi verme" amacı sınırının aşıp aşılmadığı, "bilgi verme" adı altında reklam yasağı ihlalinin olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır. Bilgi verme sınırları içerisinde kalan bir açıklamanın reklam olduğundan sözedilemez. Ancak "bilgi verme" dahi, TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği 8/b ve Meslek Kurallarının 40. maddesinde "zorunlu haller" ve "gereklilik" gibi koşullarla sınırlandırılmıştır. Medya yolu ile reklam yasağının ihlali sınırlarının ne olduğu konusunda İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun 29.01.2002 tarihli 2001/D.219 E, 2002/20 K sayılı kararı bu ölçütleri göstermesi açısından önem taşımaktadır.

• **TBB Disiplin Kurulu'nun 13.12.2002 tarihli 2002/224 E, 2002/356 K sayılı kararı ile onanarak kesinleşen İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun 29.01.2002 tarihli 2001/D.219, K.2002/20 sayılı kararında;** yakınılan avukatın "X Hukuk Bürosu" başlıklı kitapçıkla ilgili açılan disiplin kovuşturmasında bilgi verme hakkının sınırları üzerinde durulmuş ve kararda aşağıdaki saptamalara yer verilmiştir:

"Yakınma konusu "X Hukuk Bürosu" başlıklı tanıtma broşürü incelenmiştir. Broşürde; stajyer avukatların bölüm sorumluları olarak gösterildiği; büronun çalışma alanlarının gösterildiği; referans olarak çeşitli şirketlerin belirtildiği, aynı hukuk bürosu broşürü içinde marka ve tasarım müşavirliği ile ilgili bilgiler ve çeşitli bilgilerin sunulduğu görülmüştür.

Bir an için broşürde yakınılan avukatın "bilgi verme" hakkını kullandığı düşünülse bile bilgi verme hakkının sınırının iyi tespit edilmesi gereklidir. Bir avukatın kamuya sunduğu bilgilerde "bilgi verme" hakkını kullandığının kabul edilmesi için ;

i. Doğru ve Gerçek Bilgi Sunulması: Öncelikle verilecek bilgi doğru ve gerçek olmalıdır. Bir avukat doğru olmayan bilgiyi vermemelidir.(Sungurtekin sy455)

ii. Verilmesinde Gereklilik Olanlarla Sınırlı olması/Ölçülülük: Kamunun bilgilenme hakkı çerçevesinde bilmesinde yarar olacak zorunlu bilgilerle sınırlı olmalıdır. Bilgi verme adı altında her türlü bilgi verilmemelidir(Sungurtekin s.465)

iii. Objektif Sınırları İçinde Verilmesi :Bilginin verilmesinde objektif sınırlara uyulacaktır.

iii. Biçim Açısından :Sade biçimler tercih edilecektir. (TBB Meslek Kuralları 7-a maddesi)

iv. İçerik açısından: Gerçeği yansıtmalıdır ve abartılı bir üslup olmamalıdır. (Sungurtekin sy.455)

v. Diğer meslek ilkelerini ihlal etmemesi : bilgi vermenin hiçbir biçimi “iş-müvekkil temini”yasağı gibi diğer meslek ilkelerini ihlal etmemelidir.

Yakınılan avukat bilgi vermede, ölçülülük ve objektiflik sınırlarını aşmış, bilgi broşürünü gereksiz bilgilerle doldurmuştur.

Öte yandan Marka ve Patent Vekilliği Marka ve Patent mevzuatı gereğince avukatlık mesleği ile bağdaşan ancak avukatlık mesleğinden ayrı ifa edilen bir başka meslektir. Bu nedenle bir avukatın marka ve patent vekilliği görevini üstlenebilmesini mevcut mevzuat karşısında avukatlık kapsamında bir hizmet olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu çerçevede marka ve patent vekilliği ile ilgili bilgilerin avukatlık broşüründe yer almasını kabul etmekte mümkün değildir. Avukat bu hizmetini avukatlık görevinden ayrıca bağımsız olarak yürütmek, bu konudaki bilgi broşürlerini de ayrı düzenlemekle yükümlüdür.

Yakınılan avukat yine sahibi olduğu hukuk bürosuna isim veya soyadının dışında bir ad koymamakla yükümlüdür

Yakınılan avukat TBB Meslek Kurallarından 8 numaralı meslek kuralını ihlal etmiştir.” şeklindedir.

• İstanbul Barosu Disiplin Kurulu 2002/D.82, K. 2002/162 sayılı 09.07.2002 tarihli kararında; yine bilgi edinme sınırları üzerinde durarak “American Bank Attorneys” isimli kitapçıkta X’in Türkiye’nin en büyük hukuk bürosu olduğunu, menkul kıymetler ve finansman alanlarında lider olduğunu beyan ederek AK 55. maddesini ihlal ettiği savı ile açılan disiplin kovuşturmasında “Menkul kıymetler ve finansman alanlarında lider olduğu” ifadesine, faaliyet gösterilen alanlara yer verildiği, büro adresleri bölümünde ise; “İzmir Office” ve “Ankara Liasion Office” ibareleri altında birden fazla büro adresine yer verildiğinin görüldüğünü belirterek, yukarıda belirttiğimiz karardaki gibi “bilgi verme hakkı” sınırlarını irdelemiş, böyle bir uluslararası katalogda kendi istemi, bilgisi dışında yer verilmesi konusunu inandırıcı bilgi sunulmamasını da gerekçe göstererek yakınılan avukata KINAMA CEZASI vermiştir. TBB Disiplin Kurulu 06.06.2003 tarihli 2003/62 E, 2003/167 K.sayılı kararı ile avukatların kamuya sunduğu bilgilerde “bilgi verme hakkı”nı kullandığının kabul edilebilmesi için sunulan bilginin “doğru ve gerçek bilgi” olması, “verilmesinde gereklilik olanlarla sınırlı olması”, “objektif sınırlar içinde verilmesi” ve “meslek ilkelerini ihlal etmemesi zorunluluğu” olduğundan bahsederek İstanbul Barosu’nun kararını onamıştır.

• İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun 2001/D. ,2003/ K. sayılı 17.06.2003 tarihli kararına konu olayda; Berlin’de dağıtılan bir iş rehberinde ilanı bulunduğundan yakınılanın reklam yasağını ihlal ettiği gerekçesi ile başlatılan soruşturmada; yakınılan avukat sözkonusu rehberin sınırlı bir çevreye dağıtıldığını, İstanbul Barosu üyeleri açısından haksız rekabet yaratmayacağını ve Avukatlık Kanunu’ndaki düzenlemenin çağın gerisinde kaldığını savunmuştur. Yakınılan avukat “Almanya’da ta-

nınan olanaklardan yararlanarak Berlin Barosu'na yaptığı başvurunun yasal kabulü ile Almanya'daki Türklere ve Türk hukuku'nun oradaki uygulanması sırasında ilgililere hukuki yardım yapabilmek için soruşturma konusu ilan vermekte olduğunu, zaten Türkiye için amaç edinmediğini, eğer öyle olsa idi X'deki büro adresini yapabileceğini" söylemiştir. Bu reklamın 1136 Sayılı Yasaya aykırı olduğunu bildiğini, ancak Avrupa Birliği'ne entegre olma gayretindeyken, Avrupa ülkelerinde meslektaşlarına reklam konusunda daha geniş haklar tanınmışken, bu kısıtlamalar içinde davranılmaması gerektiğini belirtmiştir. Yapılan incelemede ; dosyadaki ilan metninin AK'nın 55. maddesindeki kurallara aykırı olduğunun, bunu savunmada da kabul edildiğinin, Avrupa Birliği ve günümüz normlarına aykırılık nedeni ile itirazda bulunmanın kurallar değişmeden hukuk mesleğini yürüten avukatlar için kabul edilemez nitelikte olduğu belirtilerek KINAMA CEZASI verilmiştir.

• **Türkiye Barolar Birliği'nin 10.04.2004 tarihli 2004/D.19, 2004/ K. 112 sayılı kararında;** yakınılan hakkında Türkiye Gazetesinin yurt dışı 20 Kasım 2001 tarihli yayınlanan ilanın reklam yasağına aykırı olduğu gerekçesi ile açılan disiplin kovuşturmasında gazetede yayınlanan ve hukuk bürosuna ait telefon, faks ve e-mail adresinin de bulunduğu **"Endüstri holding ve Konya'daki diğer holdinglerin hissedarlarına, Holdinglerdeki ve Sermaye Piyasaları Kurulundaki haklarınızı koruyabilmeniz, alacaklarınızı tahsil edebilmeniz için hukuk büromuzu arayınız"** metni ile yayınlanan ilanın reklam ve iş temini amacıyla ve bilgisi içinde yayınlanmadığını, kamu görevi olan avukatlığı yaparken vatandaşlara yardımcı olmak ve Holdinglerle ilgili olarak halkı aydınlatmak gibi bir görevinin de bulunduğu savunulmuş; yapılan incelemede gazetedeki ilanın şikayetlinin iradesi dışında yayınlandığına itibar olanağının olmadığını, avukatın toplumsal konularda bilgi ve görüşlerini topluma aktarmasında sosyal fayda olduğu, ancak bu faydanın kötüye kullanılmaması ve iş temini amacına yönelik bir bahane olmaması gerektiği, ilan metni göz önünde bulundurulduğunda salt iş temini amacına yönelik olduğu gerekçesi ile Ankara Barosu disiplin kurulu kararının ONANMASINA karar vermiştir.

Reklam Yasağının ihlalinde; Avukatın ihlalde kastının olup olmadığı da önem taşımaktadır. Reklamın doğrudan değil, medya özellikle de basın aracılığı ile yapıldığı durumlarda, yakınılan avukatların kastının olup olmadığı hususu Yönetim ve Disiplin Kurul kararlarında ön sorun olarak ortaya çıkabilmektedir. Bunun saptanmasında; yazılı metnin içeriği ve yazılış şekli de önemli bir ölçüttür. Şöyle ki :

• **İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun 05.07.2001 tarihli 1997/Ş.191 – K.2001/507 sayılı kararına** konu olayda; Para dergisinin kapak ve 18. sayfasından itibaren yayınlanan yazı ve resimlerde Avukatlık Kanununun 55. maddesine aykırı olarak avukatların iradeleri ile yayın yapıldığı, resimlerine yer verildiği, uzmanlık alanı belirtildiği, bu su-

retle reklam yasağına aykırı hareket edildiği belirtilerek şikayetçi olunmuştur. Verilen kararda “*şikayete konu Para dergisinin 143.sayısında yer alan “en iyi Şirket avukatları” kapak yazısı ile derginin içindeki yazıların şikayetli avukatların bilgisi ve onayıyla hazırlandığına dair dosyada bir kanıt bulunmadığı, şikayet konusu derginin editörü tarafından kaleme alınan yazıda şikayetli avukatlara yönelik bir kusur izafe edilemeyeceğinin anlaşıldığı* “ gerekçesi ile şikayetli avukatlar hakkında disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına iki üyenin muhalefeti ile oyçokluğu ile karar verilmiştir. Üyeler muhalefet serhlerinde “*şikayetli avukatların savunma dilekçelerinden bu röportajın ne amaçla yapıldığının şikayetliler tarafından bilindiği kanaatinin güçlü olduğu, AK 55 ve Meslek kurallarının 7.md aykırı davrandıkları*” gerekçesine dayanmışlardır.

• **İstanbul Barosu Yönetim Kurulu’nun 12.04.2001 tarihli 99/Ş.458, K. 2001/249 kararında;** 02.07.1999 tarihli bazı gazetelerde X imzası ile yer alan ve şikayetli avukatların hukuk bürolarına yer verilen ilanlarda AK 48. md ve AK 55. maddelerine aykırı davrandıkları iddiası ile başlatılan soruşturmada; yakınılan avukatların ilanların müvekkilileri tarafından iradeleri dışında verildiğine ilişkin savunmalarının aksini kanıtlayan kanıt bulunmadığından “DİSİPLİN KOVUŞTURMASI AÇILMASINA YER OLMADIĞINA karar vermiştir.

• **İstanbul Barosu Yönetim Kurulu’nun 08.02.2001 tarihli 2000/Ş.818, 2001/K. 161 sayılı kararında;** Şikayetli avukatın Üsküdar adlı yerel gazeteye abone olduğunu, abone yapan şahsın kartvizitini bilgisi dışında kendisine iyilik olsun düşüncesi ile bastığına ilişkin savunması karşısında avukatın yanıtının aksine bir delil bulunmadığı gerekçesi ile DİSİPLİN KOVUŞTURMASI AÇILMASINA YER OLMADIĞINA karar vermiştir.

• **İstanbul Barosu Yönetim Kurulu’nun 09.01.2003 tarihli 2002/Ş.642, 2003/K.38 sayılı kararda;** şikayetli avukatların adres ve telefonlarının “*Pendik Rehber*” adında yerel gazetede, avukatlardan 25 TL alınması sureti ile yayınlandığı ve rehberin piyasada halen satılmakta olduğu iddiası ile yapılan soruşturmada; yakınılan tüm avukatların rehberdeki reklamlardan haberdar olmadıkları, bazı avukatların adreslerinin eski adres ve telefon oluşunun da bu savunmayı doğruladığı gerekçesi ile DİSİPLİN KOVUŞTURMASI AÇILMASINA YER OLMADIĞINA karar verilmiştir.

• **İstanbul Barosu Yönetim Kurulu 07.10.2004 tarihli 2004/Ş.197, 2004/K.551 sayılı kararında;** İbo Show programında “*ipten adam alan*” adam olarak söz edilmesinin ve kullanılan bazı sıfat ve nitelendirmeler nedeni ile yapılan disiplin soruşturmasında; X in kendisini “*ipten adam alan adam*” olarak tanıtmayı ve abartılı ifadeler kullanması karşısında suskun kaldığı, programda yer alan ve abartılı görünen konuşmaların program yapımcısı ve sunucusu X tarafından yapıldığı, prog-

ram yöneticisinin espri anlayışı ve kendi stili içinde söylemiş olması nedeni ile DİSİPLİN KOVUŞTURMASI AÇILMASINA YER OLMADIĞINA karar verilmiştir.

• **İstanbul Barosu Yönetim Kurulu 30.12.2004 tarihli 2004/Ş.740, 2004/K.880 sayılı vermiş olduğu kararında;** 27.06.2004 günlü Hürriyet gazetesinde “İlk Havacılık Hukuk Bürosu” başlıklı yazıda Türkiye’nin ilk sivil havacılık hukuk bürosu X Hukuk Bürosunun artık faaliyetlerine başladığının ifade edildiğine ilişkin şikayette, yakınılan avukatın savunmasında “uzun yıllarını sivil havacılık ve Y ile ilgili çalışmalara adanmış ve Y Başhukuk müşavirliği ve genel sekreterlik görevlerinde bulunduğunu ve bu durumun basın tarafından bilindiğini, ilgili haberin Hürriyet gazetesinde yayınlanmasından bilgisinin olmadığını ve sözkonusu haberin sohbet konuşmasından hareketle kaleme alınmış olduğunu” savunmuş; yapılan incelemede sözkonusu haberin ilan niteliği taşımadığı ve haber niteliğinde olduğu, bu durumun TBB Meslek Kurallarının 8. md ihlali niteliğini taşımadığı, gazetede yer alan haberin avukatlık mesleğini zedeleyici nitelikte olmadığı, bir hukuk bürosu açılışını haber nitelikli bulan basının buna yer ayırmasının tek başına TBB Reklam Yasası yönetmeliğine aykırılık oluşturmayacağından bahisle DİSİPLİN KOVUŞTURMASI AÇILMASINA YER OLMADIĞINA karar vermiştir.

• **İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun 2001/D.148, 2001/K.270 sayılı 04.12.2001 tarihli kararına** konu yakınılan avukatın; Almanya’nın Hamburg şehrinde yayınlanan reklam dergisine ilan vermesi nedeni ile yapılan kovuşturmada yakınılan avukatın Hamburg’da oturma ve çalışma iznine sahip olduğuna, yazının içeriğinin teşekkür yazısı niteliğinde olduğuna ve ilanın derginin sahibi tarafından verildiğine ilişkin savunmasını yerinde görmeyerek ilgilinin UYARMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA karar vermiştir.

• **İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun 2001/D.148, 2001/K.270 sayılı 04.12.2001 tarihli kararına** konu olayda; Ankara Barosu Başkanlığı’nın yaptığı bildirimle X HUKUK BÜROSU başlıklı bir tanıtım yazısında yakınılan avukatların adlarının geçmesi nedeni ile yapılan bildirim sonucunda disiplin kovuşturması açılan olayda verilen kararda; yakınılan avukatlar bahis konusu tanıtım yazısında isimlerinin bilgileri dışında yayınlandığı, kendilerinin mezkur yazıyı yazan kişiye sadece yasa çerçevesinde İstanbul’da ki işlerinde yardımcı olabileceklerini söylediklerini, eylem konusu tanıtım yazısını ancak bu soruşturma sırasında öğrendiklerini savunmuşlardır.

X HUKUK BÜROSU başlıklı yazıda, büronun çalışma alanları, bu alanlarda çalışan büro personeli denilerek yakınılanlarında arasında bulunduğu bazı avukatların adları ve çeşitli büro adresleri verilmekle, yazı içeriğinin Avukatlık Kanunu’nun 43 ve 55. maddelerine aykırı olduğu anlaşılmıştır. Ancak yakınma konusu eylemde, iddia dışında somut bir ka-

nıtın olmaması nedenleri ile DİSİPLİN CEZASI VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA karar verilmiştir.

• **İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun 2001/D.76 ,2001/K.120 sayılı 06.06.2001 tarihli kararına** konu olayda; yakınılan avukatın 07.09.1999 tarihli Hürriyet gazetesinde yer alan haberde Avukatlık Kanunu'nun 55. maddesine aykırı davrandığı iddia edilmiştir. Yakınılan avukat, röportaj metni ve biçiminin kendi iradesi dışında gazeteci tarafından düzenlendiğini, haberin magazinsel boyuta taşınmaması ve kendisinin öne çıkartılmaması konusunda röportajı yapan gazeteciye uyardığını ,ancak istemi dışında yayınlanan bir röportajla karşılaştığını, müvekkillerinin medyatik kişiler olması nedeni ile sık sık bu durumla karşılaştığını savunmuştur. Yapılan incelemede depremzedelere hukuki yardımda bulunmayı konu alan bir vakfın kurulması çalışmalarını konuşulduğu röportaj sonuna da yakınılan bazı müvekkillerinin isimlerini sıralandığı röportaj ve özellikle yakınılan avukat tarafından müvekkillerinin isimlerinin açıklanması bu hükümlerin ihlali görülerek ilgili avukat hakkında UYARMA CEZASI verilmiştir.

İhlalin meydana gelmesinin kendi bilgisi dışında olduğuna ilişkin savunmalarda yakınılan avukatın olayda "engelleme - tekzip etme" ye yönelik bir gayrette bulunup bulunmadığı da; olayın özelliğine göre önem taşıyabilmektedir. Bu kararlarda avukattan mesleki bir görev olarak aktif bir davranış tarzını beklediğini açıkça ifade edilmekte; avukat haberin iradesi dışında bir yayın olması durumunda tekzip - önleme gibi bir yükümlülükle görevli sayılmaktadır. Bu yöndeki kararlar 2003 tarihli TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 11.maddesi hükmü ile de örtüşmektedir.

• **İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun 2000/D.16, 2001/K.237 sayılı 06.11.2001 tarihli kararında;** bu yükümlülüğü beklentiye aşağıdaki şekilde açıkça ifade etmektedir. yakınılan avukat hakkında Para dergisinin 267. sayısında "Özal'ın avukatı iddialı geliyor" başlığıyla yer alan yazının, Avukatlık Yasası'nın 44 ve 55. maddelerine aykırı davranış kapsamına girdiği iddiası ile yapılan şikayete ilişkin kovuşturmada; yakınılan avukat savunmalarında dergideki yazıyı kendisinin de yadırgadığını, böyle bir demeci olmadığını, Avukatlık Kanuna uygun olarak mesleki faaliyetini sürdürdüğünü savunmuştur. Yapılan incelemede:

"Özal'ın avukatı iddialı geliyor" başlığı ile yer alan yazı içinde yakınılan avukatın boy fotoğrafının olduğu, "Amerikan modeli" örnek alınarak X Avukatlar şirketinde Y gibi isimler var alt başlığının bulunduğu vb ifadelere yer aldığı görülmüştür.

Yakınılan avukatın tanıkları dinlenmiştir. Tanıklar, yakınılan avukatla görüştiklerini, avukatın dergide yer aldığı gibi bir açıklama yapmadığını, bunu gazetecilik gereği kendilerini oluşturduğunu belirtmişlerdir.

Bir avukat görevini yürütürken meslek kurallarının 4. maddesinde belirtildiği üzere “avukatlık mesleğine olan kamu inancını ve mesleğe güveni” ortadan kaldıracak davranışlara neden olmamakla, mesleğin itibarını zedeleyecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Günümüzde yazılı ve görsel yayın organlarının bazen tek yanlı yayınları ve bu organlarda yer alan “avukatlık mesleğine yönelik saldırıların ,doğrudan veya dolaylı hedef alınmasının bilgi verirken, mesleğin genel ilkelerinin ihlal edilmesinin kamu vicdanındaki, kamu inancındaki olağanüstü etkisi” ile 4 üncü maddenin belirtilen ilk cümlesi ve 3,6,5 ve 7 nci maddeler birlikte ele alındığında; bu meslek kuralını artık avukatların bir takım davranışlardan kaçınmak biçiminde değil de, yani edilgen olması biçiminde değil de aksine aktif tutum almayı gerektirir bir yükümlülük olarak algılamak gereklidir. Kamunun mesleğe güveninin sarsılmamasını sağlamak avukatın en önemli görevlerinden biri olduğuna göre, böyle bir olaya istemeden neden olunsu bile bu olumsuz imajın kaldırılması için aktif mesleki görevler doğacaktır. Bu nedenle avukat doğrudan ilgisi olmasa bile içinde olduğu, kamuoyunda mesleğe güvensizlik yaratacak olumsuz kanunun ortadan kaldırılması için yapması gerekli davranışlardan ayrıca sorumlu olacaktır. Basın Kanununun 19 maddesinde düzenlenen “tekzip-düzeltme” hakkı bu açıdan avukatın kullanması gerekli en önemli imkanlardan biri olarak değerlendirilmek zorundadır. Aksini düşünmek, avukatın kendisine izafe edilen olumsuz sıfatların kamuoyunda kabul görmesi, yaygınlaşması anlamına gelecektir.

Bir avukatın ilgisi olmasa bile kendisi dolayısıyla avukatlık mesleği hakkında “kamu güvenini” zedeleyen, meslek hakkında doğru bilgi içermeyen basın açıklamaları karşısında tekzip yükümlülüğü doğacaktır. Eğer basında yer alan bir açıklama, haber veya yazıda bir kişi dolayısıyla “avukatlık mesleği “ hedef alınıyorsa, meslek küçültülüyorsa, o avukat tekzip hakkını sonuna kadar kullanıp mesleği hakkında ortaya çıkan olumsuz imajı ortadan kaldırmaya çalışmalı, en azından çaba göstermelidir. “gerekçesi ile avukat hakkında TBB Meslek Kurallarının 7 ve 8. maddelerinin ihlal edilmiş olması nedeni ile UYARMA CEZASI ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Sonuç olarak; bir yandan iletişim araçları ve teknoloji, avukatın mesleki faaliyetini geniş bir kitleye yayabilmesi olanağı vermekte; bir yandan da özellikle internet ve kitle iletişim araçları yolu ile tanıtım olanaklarının artması, reklam yasaklarının sürekli ihlalini gündeme getirmekte, yasağın sınırlarının ne olduğu konusundaki soru ve sorunların yeniden yanıtlanması zorunluluğunu doğurumaktadır. Reklam Yasağına ilişkin meslek kuralı; avukatın reklam yasağına tabi olup olmaması gerektiğine ilişkin farklı ülkelerin düzenlemelerinin dayanağı olan gerekçeler ve tartışmalara koşturarak; reklam yasağının özüne ve varlığına itiraz, bu yasağın sınırlarına itiraz ya da mevcut halinin çağın gerisine düştüğüne ilişkin görüşlerle tartışılmaya devam etmektedir. Kanımızca bu

yönü ile reklam yasağına ilişkin meslek kuralı; Baroların Yönetim ve Disiplin Kurullarının örnek kararları ile biçimlenme gereksiniminin en çok olduğu meslek kuralıdır. Nitekim; bu şekillenmenin etkisi ve gerekliliği, 2003 yılında çıkarılan TBB Reklam Yasağı Yönetmeliğine daha önceki tarihlerde verilen kararlardaki saptamaların açık hüküm haline getirilerek yer verilmiş olması ile de görülmektedir.



DENİZLERİMİZDE KILAVUZ ALMA ZORUNLULUĞUNA UYMAMANIN HUKUKİ VE CEZAI SONUÇLARI

YRD. DOÇ. DR. VURAL SEVEN^(*)

GİRİŞ

Ülkemizdeki çeşitli limanlarda kılavuz alma zorunluluğu bulunmaktadır. Kılavuz ise, liman, haliç, boğaz ve kanal gibi bölgelerde veya başka- ca tehlikeli sulara kaptana müşavirlik etmek (*müşavir kılavuz*) veya ge- miyi bizzat sevk ve idare etmek (*sevk ve idare kılavuzu*) üzere gemiye alı- nan ve mahalli suları bilen uzman denizci (*kaptan*) dir⁽¹⁾. Bu uzman deniz- ci tarafından verilen hizmet karşılığında ödenen ücret ise kılavuzluk üc- retini oluşturmakta ve o bölgede kendisine kılavuzluk hizmetleri bırakı- lan kuruluşun uygulamada, kılavuz alma zorunluluğunun ihlali halinde, tekel hakkına dayanarak, herhangi bir hizmet vermemiş olsa da, kılavuz- luk ücreti talep edebildiği görülmektedir⁽²⁾.

Bu çalışmada ise, fiili olarak verilmeyen kılavuzluk hizmet bedelinin hangi hukuki ilişki çerçevesinde talep edilip edilemeyeceği sorunu çözül- meye çalışılırken, ayrıca, kılavuz alma zorunluluğuna uyulmamasının ce- zai sonuçları hakkında da bilgi verilecektir.

I. KILAVUZ ALMA ZORUNLULUĞUNUN HUKUKSAL DAYANAĞI

İlk ortaya çıktığı zamanlarda kılavuzluğun kamusal yönü bugünkü kadar önemli olmamakla birlikte, günümüzde büyük bir önem kazanmış-

(*) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı

- (1) Kılavuz kaptanlık mesleği, denizcilik tarihi kadar eskiye dayanan bir meslektir. İnsanın deniz araçlarını ulaşım ve taşıma amacıyla kullanmaya başlamasından itibaren gidilen yerlerde bilinmeyen sulara o yerleri iyi bilen uzmanlaşmış denizcilere ihtiyaç duyulması ile ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede kılavuz kap- tanlar, gemilerin yabancı oldukları sulara ve ortamda en güvenli şekilde sevk ve idaresini sağlamada yardımcı olurlar (ÇAĞA, T./ KENDER, R. : Deniz Ticareti Hukuku I, 11. Baskı, İstanbul 2000, s. 127).
- (2) Konusu aynen "Taraflar arasındaki ihtilaf esas itibarıyla, davalı TDİ'nin kılavuzluk hizmeti vermemiş olmasına rağmen kılavuzluk ücreti talep edip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır." olan menfi tespit davasında, davayı reddeden Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi (kararındaki) bu soruya olumlu cevap vermiş, yani kılavuzluk hizmeti verilmese de Türkiye Denizcilik İşletmeleri'nin kılavuz- luk ücreti talep edebileceğini kabul etmiştir. Temyiz edilen bu karar Yargıtay 11. HD.'nin 19.02.2002 tarih ve E.2001/9797, K. 2002/1390 sayılı kararı ile onanmış, karar düzeltme talebi ise 03.05.2002 tarih ve E. 2002/4247, K. 2002/4328 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

tır. Çünkü, geminin dahil olduğu bir kazada gemiyle sınırlı olmayan, büyük çevre yıkımlarıyla birlikte, mal ve can kayıplarına neden olabilecek sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede kamu otoritesi, limanına gelen veya egemen olduğu suları kullanan gemilere kendi yetiştirdiği ve güvendiği uzman kapitanları koyarak kendisini garanti altına alma yolunu tercih etmektedir.

Ülkemizde ise kılavuz alma zorunluluğunu düzenleyen açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Limanlar Kanunu m. 2'de, Türkiye limanlarına giriş ve çıkış yapan bütün gemilerin uyması gereken kuralları düzenleyen tüzüklerin çıkarılabileceği ve bu tüzüklere uyulmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm çerçevesinde çıkarılan tüzüklerde kılavuz alma zorunluluğu getirilmiş bulunmaktadır⁽³⁾.

II. KILAVUZLUK HİZMETİ VEREBİLECEK KURULUŞLAR

Kılavuzluk hizmetlerinin kimler tarafından yapılacağı, “Kılavuzluk ve Römorkörcülük Hizmetleri Teşkilatları Hakkında Yönetmelik”⁽⁴⁾ (“Yönetmelik”) çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu yönetmeliğin 5. maddesine göre, kılavuzluk hizmeti verecek kamu veya özel kuruluşların Denizcilik Müsteşarlığı'ndan izin alması gerektiği düzenlenmiş ve izin almayan kuruluşların kılavuzluk hizmeti veremeyeceği belirtilmiştir⁽⁵⁾. İdare bu izni verirken, iznin hangi sınırlar içinde geçerli olduğunu ve süresini belirteceği gibi, bu sınırlar içerisinde kamu kurum ve kuruluşlarına ait tekel hakkı varsa⁽⁶⁾, bu sınırları da ayrıca belirtmek durumundadır (Yönetmelik m.5/2).

- (3) İstanbul Liman Tüzüğü (RG. T. 06.09.1996, S. 22746) m. 8, 14 ve 42; İzmir Liman Nizamnamesi (RG. T. 14.03.1935, S. 2954) m. 50 ve 52; Trabzon Liman Tüzüğü (RG. T. 12.08.1999, S. 23784) m. 9; Giresun Liman Tüzüğü (RG. T. 25.04.1972, S. 14169) m. 22 ve 24; Samsun Liman Tüzüğü (RG. T. 20.08.1970, S. 13585) m. 23; Zonguldak Liman Tüzüğü (RG. T. 13.08.1958, S. 9980) m. 14; Aliaga Liman Yönetmeliği (RG. T. 16.01.1978, S. 16171 Değişiklik T. 23.01.2002, S. 24649) m. 21; Nemrut Koyu Liman Yönetmeliği (RG. T. 22.04.1979, S. 16617 Değişiklik T. 23.01.2002, S. 24649) m. 22; Çeşme Liman Talimatı m. 15. Bu düzenlemelerin yanında Türk Boğazları Deniz Trafik Düzeni Tüzüğü (RG. 06.11.1998 Tarih ve 23515 Mükerrer Sayı) m. 27'de “Trafik kontrol merkezince Türk Boğazları'ndan uğraksız geçiş yapacak gemilere can, mal, seyir ve çevre güvenliği bakımından kılavuz kaptan almaları önemle tavsiye edilir.” hükmü bulunduğundan, bu tür geçişlerde kılavuz alma zorunluluğu bulunmamaktadır.
- (4) Bu yönetmelik 15 Şubat 2002 tarih ve 24672 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelikten önce ise 28.1.1998 tarih ve 23244 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan “Kılavuzluk ve Römorkaj Hizmetleri Teşkilatları Hakkında Yönetmelik” ile düzenleme yapılmıştır.
- (5) Denizcilik Müsteşarlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair 5310 sayılı Kanun'un (RG. 15.03.2005) 1'inci maddesi ile 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2'nci maddesine m bendi ilave edilmiştir. Bu bende göre, “Deniz ve iç sularda liman sınırlarını ve buna ilişkin koordinatları belirlemek, bu sınırlar içerisinde faaliyette bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile özel kişilerin yerine getireceği denizcilik ve limancılık hizmetlerine ilişkin tüm faaliyet izinlerini vermek, koordine etmek, denetlemek ve izinsiz faaliyetleri durdurmak”, Denizcilik Müsteşarlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır.
- (6) Ana statülerinde kılavuzluk ve römorkörcülük hizmeti verme hakkı bulunan kamu kurum ve kuruluşlarından; bu hizmetleri tekel olarak verenlerinin hizmet bölgelerindeki tekel hakkı sınırı, Devlet tarafından kendilerine verilen kıyı tesisleri, mendirek, rıhtım ve iskelelerle sınırlıdır. Bu sınırların koordinatları 29/11/2001 tarihli ve 2001/3403 sayılı Bakanlar Kurulu Kararna uygun olarak Denizcilik Müsteşarlığı tarafından belirlenir ve Resmi Gazete'de yayımlanır. Kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet bölgelerinde sahip oldukları tekel haklarının sona ermesi halinde bu bölgelerdeki hizmetler, aynı bölgede veya en yakın bölgede hizmet veren kılavuzluk/römorkörcülük teşkilatına devredilir (Yönetmelik m. 14/c).

Bu çerçevede Denizcilik Müsteşarlığı tarafından yayınlanan, Ana Statüleri Gereği Limancılık Hizmetleri Vermekte Olan Kamu Kurum Ve Kuruluşları İle Bunlara Devletçe Verilmiş Bulunan Kıyı Tesisleri İle Bu Tesislere Dayalı, Koordinatları Belirlenmiş Deniz Alanının İçerisinde Kalan Rıhtım İskele Ve Diğer Kıyı Yapıları Hakkındaki, “*Kamu İktisadi Teşebbüslerince İşletilen Limanların Deniz Sınırlarının Ve Koordinatlarının Belirlenmesine İlişkin Tebliğ*”⁽⁷⁾ m. 4, hizmet esaslarını;

1. Kılavuzluk Hizmetlerini,
2. Römorkörcülük ve Palamar Hizmetlerini,
3. İşletmeye ait diğer limancılık hizmetleri olmak üzere üçe ayırmıştır.

Madde 7’de ise, tekel hakkı bulunmayan kuruluşlar belirtilmiş, buna göre sadece TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü’nün işlettiği limanlarda tekel hakkının bulunduğu, bu kuruluşun dışındaki kuruluşlar tarafından işletilen limanlarda tekel hakkının bulunmadığı belirtilmiştir (*Tebliğ m. 8*). Ayrıca TCDD’nin işlettiği limanlardan Haydarpaşa ve İzmir Alsancak Limanı’nda kılavuzluk hizmetleri TDİ tarafından verilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü (TCDD) Ana Statüsü m. 4/5’e göre, “*Devletçe kendisine verilen liman, iskele ve rıhtımlarda tekel olarak;*

f) kılavuzluk, romorkörcülük ve palamar işlerini yapmak,”

TCDD’nin tekeli kapsamında tutulmuştur.

Bununla birlikte TCDD Ana Statüsü m. 4/5’e göre, “...16.12.1988 tarih ve 88/121 sayılı YPK kararıyla TDİ’ye verilen haklar tekel dışı”na alınmıştır. Bu çerçevede bakıldığında TCDD’nin kendi işlettiği limanlarda yapmış olduğu kılavuzluk hizmetleri tekel kapsamında iken, kendi işlettiği limanlarda TDİ’ye verilen haklar (bunlardan birisi de kılavuzluk hizmetidir) tekel kapsamından çıkarılmıştır. Bu düzenlemeye göre, TCDD’nin kılavuzluk hizmeti verdiği limanların dışındaki limanlarda, bunları hangi kurum veya kuruluş işletirse işletsin tekel hakkı bulunmamaktadır.

Her ne kadar “*Türkiye Denizcilik İşletmeleri Genel Müdürlüğü (TDİ) Ana Statüsü*”⁽⁸⁾, m. 3/f de, “Devletçe verilmiş veya verilecek liman, iskele ve rıhtımlarda tekel olarak; (f) Kılavuzluk, romorkörcülük ve palamar işleri yapacağı belirtilmiş ise de özelleştirme kapsamına alınan bu kuruluşun adı, “*Türkiye Denizcilik İşletmeleri Anonim Şirketi*” olarak değiştirilmiş ve ana sözleşmesi⁽⁹⁾ yeniden belirlenmiştir. Halen de, mevcut olan bu ana sözleşmeye göre, TDİ A.Ş.’nin kılavuzluk hizmetleri bakımından bir tekel hakkı⁽¹⁰⁾ bulunmamaktadır⁽¹¹⁾.

(7) Tebliğ No: 2002/1 RG. T. 23 Ocak 2002, S. 24649.

(8) Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi 13 Mayıs 1985 Sayı 1262.

(9) Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi 29.03.1995 Sayı 3755 ve değişiklik 02.11.1995 Sayı 3906.

(10) Burada kastedilen “Tekel Hakkı” kanuni tekel hakkıdır.

(11) TDİ’nin Tekel hakkının tarihçesi aşağıda belirtilmiştir. 5842 sayılı Denizcilik Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu [RG. T. 16.08.1951 S. 7886; 5842 sayılı Kanun, 117 sayılı Türkiye Denizcilik

III. KILAVUZ ALMA ZORUNLULUĞUNA UYMAMANIN HUKUKSAL SONUCU

Yukarıda da belirtildiği üzere, bir kamu ya da özel kuruluşun kılavuzluk hizmetini verebilmesi Denizcilik Müsteşarlığı'ndan izin almış olması koşuluna bağlıdır.

Kılavuzluk hizmeti verme hakkına sahip olan bu kuruluşlar, hak sahibi oldukları bölgelerde hizmet vermeye yetkili tek kuruluş konumunda bulunmaktadır. Başka bir ifade ile kılavuz alma zorunluluğu bulunan bölgelerde, geminin, kılavuzu alacağı kuruluşu seçme olanağı bulunmamakta, tekel konumundaki kuruluştan bu hizmeti almak durumunda kalmaktadır. Bu nedenle, ortaya çıkan bu tekel konumunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Tekel, kavram itibarıyla daha çok iktisadi anlamıyla kullanıldığından, biz de tekel hakkını izah ederken, bu kavramının iktisadi anlamını, hareket noktası olarak alacağız.

Kurumu Kuruluşu Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (RG. T. 28.10.1983, S. 18205) 23'üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.] m. 8/1/f ile Denizcilik Bankası "kılavuzluk işleri yapmaya" yetkili kılınmış, 8/2'de ise bu hizmetin İstanbul, İzmir ve Trabzon limanları ve Bakanlar Kurulu kararı ile kendisine tevdi edilecek diğer limanlarda tekel şeklinde yapılacağı belirtilmiştir. Aynı Kanun m. 27 ve 28'de tarifelerle ilgili hükümler düzenlenmiş m. 33'de, "Tarifelere göre, fener can kurtarma ve kılavuz ücret ve cezalarını ödemeyen veya teminat göstermeyen gemiler hakkında 618 sayılı Limanlar Kanunu'nun 15'inci maddesi uygulanıp tahsil olunan ücret ve cezalar ilgili liman dairelerince Bankaya yatırılacağı" hükmüne yer verilmiştir.

38'inci maddede ise, "Bankanın, bu kanunda yazılı tekel mevzularına giren işleri ticaret maksadiyle yapanlar 100 liradan 10.000 liraya kadar ağır para cezasına mahkum edilir.

Bankanın veya kuracağı ortaklıkların ayrıca zarar ve ziyan talebine mütedair hakları mahfuzdur.

Bu madde de yazılı suçlardan dolayı takibat icrası Bankanın veya kuracağı ortaklıktan Cumhuriyet Savcılığı'na yazılı şikayetine bağlıdır.", hükümlerine yer verilmiştir.

117 sayılı Türkiye Denizcilik Kurumu Kuruluşu Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 5842 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmış (m. 23) ve Türkiye Denizcilik Kurumu'nu (TÜDEK) ihdas etmiştir. Bu KHK ile, Türkiye Denizcilik Kurumu'na kılavuzluk yapma işleri tekel olarak verilmiştir (m. 4/2 B f).

KHK m. 17' de ise, "Bu Kanun Hükmünde Kararname'de TÜDEK'in, Müesseselerin ve Bağlı Ortaklıkların tekeline giren iş ve hizmetleri ticaret maksadı ile yapanlar 5.000 liradan 50.000 liraya kadar ağır para cezasına çarptırılırlar. Suç için kovuşturma yapılması Müessese veya Bağlı ortaklığın Cumhuriyet Savcılığına yazılı başvurusuna bağlıdır.

Müessese ve Bağlı ortaklıkların tekel hakkına tecavüzden dolayı ayrıca zarar ve ziyan istemek hakkı saklıdır. Bu hükmün uygulanmasında tecavüz edenin ticaret maksadı olup olmadığına bakılmaz." hükümlerine yer verilmiş ise de, m. 24'de 17'nci maddenin KHK'nın kanunlaştığı tarihte yürürlüğe gireceği belirtilmiş; ancak, KHK kanunlaşma imkanı bulmadan yürürlükten kalktığından, 17'nci madde yürürlüğe girmeden kaldırılmıştır [117 Sayılı KHK, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 63'üncü maddesi ile yürürlükten kalkmıştır (RG. T. 18.06.1984, S. 18435). Ancak, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Geçici Madde 5/5'de, düzenlemeler yapıp yürürlüğe girinceye kadar, bu KHK ile kaldırılan hükümlerin uygulanmasına devam olunacağı belirtilmiştir].

233 sayılı KHK Geçici Madde 5/1'e göre, oluşturulan Türkiye Denizcilik İşletmeleri Genel Müdürlüğü (TDİ)'ne [RG. T. 14.11.1984, S. 18575], Ana Statü m. 4/3-f'de kendisine verilen veya verilecek limanlarda "tekel olarak" kılavuzluk hizmeti yapacağı belirtilmiştir. Özelleştirme kapsamında alınan bu kuruluşun (TDİ) adı, "Türkiye Denizcilik İşletmeleri Anonim Şirketi" olarak değiştirilmiş ve ana sözleşmesi [Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi 29.03.1995 Sayı 3755 ve değişiklik 02.11.1995 Sayı 3906] yeniden belirlenmiştir. Sonuç olarak halen de mevcut olan bu ana sözleşmeye göre, Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.'nin (TDİ) kılavuzluk hizmetleri bakımından bir tekel hakkı bulunmamaktadır

Bir piyasada tam rekabetin gerçekleşmiş olabilmesi için, arz ve talep sahiplerinin çok sayıda olması, mal ve hizmet birimlerinin birbirini ikame edebilmesi, piyasaya giriş çıkış serbestisinin olması, arz ve talep sahiplerinin piyasa hakkında tam bir bilgiye sahip olmaları ve üretim faktörlerinin istedikleri alana yönelebilmeleri gerekir⁽¹²⁾. Bu koşulların varlığı ideal olan tam rekabet piyasasını oluşturur. Ancak tam rekabet piyasası için gerekli, bu ideal koşulların her piyasada her zaman oluşması mümkün olmayabilir. Bu taktirde rekabet aksar ve bu aksaklığın en aşırı biçimi ise tekel (*monopol*) piyasası olarak karşımıza çıkacaktır.

Tekel piyasasında, tekel sahibinin (monopolün) hiçbir rakibi yoktur; ilgili mal ve hizmet piyasasının tek hakimi olarak, piyasa faktörlerini kontrol edebilmektedir.

Belli bir mal veya hizmet piyasasında tekel durumu, çeşitli oluşumlar sonucunda ortaya çıkabilir. Tabii şartlar, kanunlar, rekabetin kaybolması, fiili bir durumun ortaya çıkması gibi oluşumlar tekellerin doğmasına sebebiyet verebilir⁽¹³⁾. Sonuç olarak, bir sınıflandırma yapıldığında iktisadi anlamda tekeller, ya kanuni ya da fiili olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanuni tekel hakkı, bir teşebbüsün bir hizmeti tekel olarak sunmasının veya bir hakkı tekel olarak kullanmasının kanun ile düzenlendiği halleri ifade eder⁽¹⁴⁾.

Fiili tekel hakkı ise, bir teşebbüsün bir hizmeti tek başına sunmasının kanun dışında meydana geldiği fiili durumu ifade eder.

Sonuç olarak, günümüzde bir kamu ya da özel kuruluşun, kamu otoritesinden (Denizcilik Müsteşarlığı) aldığı izne dayalı olarak yapmış olduğu kılavuzluk hizmeti ona bulunduğu bölgede sadece ekonomik anlamda fiili bir tekel olma olanağı vermektedir.

Bu sonuca göre, kendisine münhasır kılınan bölgede, kılavuzluk hizmetleri bırakılan kuruluş (*TDİ*), geminin kılavuz almak zorunluluğuna uymaması halinde, hizmet vermemiş olsa da kılavuzluk hizmeti verememiş olması nedeniyle ortaya çıkan zararını talep edebilecek midir? Edebilecek ise bu talebin hukuki dayanağı (*kaynağı*)⁽¹⁵⁾ ne olacaktır ?

(12) Bkz. ACAR, S. : Genel İktisat, 2. Bası, Ankara 1994, s. 93.

(13) ACAR, s. 113.

(14) Örneğin PTT'nin Posta Tekeli konusunda özel hükümler kabul edilmiştir (Posta Kanunu m. 2 ve 59, Posta Tüzüğü m. 3, 120 ve 123). Kanuni tekel hakkına örnek olarak, Ticaret Unvanı (TTK m. 52, 53 ve 54), İşletme Adı (TTK m. 55), Marka (556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kararname m. 9-13, 61-79), Patent (551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 73, 73/A, 84 ve 136-145, Faydalı Model m. 164), Endüstriyel Tasarım (554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 11, 12 ve 48-57). Bu hükümler çerçevesinde kanuni tekel hakkına sahip olan kişiler bu haklarının ihlal edilmesi halinde, her ihlal edene karşı talepte bulunmaları mümkündür.

(15) Ayrıca borcun kaynakları konusundaki sınıflandırmalar için bkz. TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCU-OĞLU, H./ALTOP, A. : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988, s. 42-43; NOMER, H. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 11; KARAHASAN, M. R.: Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeler, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 2003, s. 58-59; EREN, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 107-109; KILIÇOĞLU, A. M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2004, s. 27.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, ortaya çıkan zararın gemiye (*donatana*) yükletilmesini haklı gösteren hukuki bir sebep olmalıdır. Başka bir ifadeyle, ortada, zararın başka bir şahsa aktarılmasını haklı gösteren “*sorumluluk sebepleri*”nden birisinin gerçekleşmesi gerekir. Sorumluluk sebeplerinin birinin mevcut olması halinde, zarar gören uğramış olduğu zararın tazminini bir başka şahıstan talep edebilecektir⁽¹⁶⁾. Borçlar hukuku sistemimizde (*BK m. 51*), sorumluluk sebepleri, kusur, sözleşme ve kanun olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bu çerçeveden bakıldığında, kılavuz almayan geminin donatanı (*TTK m. 946/1 ve 2 anlamında kullanılmıştır*) ile kılavuzluk hizmeti veren kuruluş arasında bir sözleşmenin bulunmadığı aşikar olduğu gibi, kusur ve sözleşmeden bağımsız olarak gerçekleşen zararın donatana (*TTK m. 946/1, 2*) yükletilmesini gerektiren ve bu konuyu düzenleyen açık bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Bu durumda geminin kılavuz almamasının, kılavuzluk hizmeti vermeye yetkili olan kuruluşa karşı kusur sorumluluğu başka bir ifade ile dar anlamda bir haksız fiil (*BK m. 41*) oluşturup oluşturmadığının araştırılması gerekecektir.

Haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurları, zarar, kusur, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılıktır. Bu çerçevede bakıldığında, zarar⁽¹⁷⁾, kusur⁽¹⁸⁾ ve illiyet bağı⁽¹⁹⁾ bakımından bir sorun olduğunu düşünmüyoruz. Sorun kılavuz almamaya ilişkin olan bu davranışın “*hukuku aykırı*” olup olmadığının tespitinde ortaya çıkmaktadır.

Bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığının tespitinde, bir mutlak hak doğrudan ya da dolaylı olarak ihlal mi edilmiştir; yoksa, bir mutlak hak ihlalinden bağımsız olarak gerçekleşen, malvarlığı zararı bir koruma normunun ihlali sonucu mu gerçekleşmiştir, bu unsurların değerlendirilmesi gerekmektedir⁽²⁰⁾.

Kılavuzluk hizmeti veren kuruluşun herkese karşı ileri sürebileceği bir mutlak hakkı söz konusu değildir. Çünkü, burada ortaya çıkan zarar bir malvarlığı zararıdır⁽²¹⁾ ve özellikle bir kimsenin malvarlığı üzerindeki

(16) EREN, s. 446

(17) Kılavuzun alınmaması, kılavuz hizmeti veren kuruluşun zarar etmesine neden olan bir davranıştır. Çünkü, bu davranış kuruluşun mal varlığının artışına engel olacak niteliktedir. Başka bir ifade ile, gemiye kılavuz verilmesi bir ücret karşılığında yapıldığından, bu hizmetin verilmemesi sebebiyle bir kâr mahrumiyeti ortaya çıkmaktadır. Ayrıca zarar kavramı için bkz. EREN, s. 472 vd.

(18) Kılavuz almamaya ilişkin olan davranış, geminin kaptanı bakımından bir kusur teşkil eder. *TTK m. 972’ye göre*, “Kaptan, bütün işlerinde....tedbirli bir kaptan gibi hareket etmeğe mecburdur.” *TTK m. 976’ya göre*, “Kaptan; yabancı memlekette iken o memleketin mevzuatına..... riayetle ve bunlara aykırı hareketlerinden çıkan zararları tazmin ile mükelleftir.” Ayrıca bkz. *TTK m. 947*, Gemi adamı olan (*TTK m. 821*) kaptanın, kusurlu davranışlarından donatan sorumludur.

(19) Bu konuda bkz. EREN, F. : *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara 1975, s. 51 vd.

(20) ATAMER, M. Y.: *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları*, İstanbul 1996, s. 30; EREN, s. 544 vd.

(21) “Şahsa” ve “şeye verilen zarar” dışında, “diğer mameleki bir zarar” anlamında kullanılmıştır. Bu konuda bkz. EREN, s. 558. Ayrıca bkz. s. 473 vd.

hakkı mutlak hak değildir⁽²²⁾. Malvarlığı üzerindeki hakkın ihlali, mutlak bir hakkın değil, ekonomik bir menfaatin ihlali sonucunu doğurur. Bu durumda bakılması gereken, ihlal edilen hukuk kuralının, diğer amaçlar yanında kişinin yararını koruma amacı taşıyıp taşımadığına bakılacaktır.

Kılavuz alınmaması nedeniyle ihlal edilen norm; Limanlar Kanunu m. 2 ve bu maddeye göre çıkarılmış olan tüzük hükümleridir. Bu hükümlerin çıkarıldığı amaca bakıldığında, “limanlarda genel güvenliğin ve disiplinin sağlanması” amacıyla çıkarıldığı görülecektir. Bu hükümler ise kişinin (kılavuzluk hizmeti veren kuruluşun) yararını koruma amacı taşımamaktadır. Başka bir ifade ile kılavuzluk hizmeti veren kuruluşun ihlal edilecek ekonomik menfaatini koruma amacı bu hükümlerde bulunmamaktadır⁽²³⁾.

Sonuç olarak, kılavuz almama davranışı, BK m. 41 anlamında hukuka aykırı bir davranış niteliğinde olmadığından, kılavuzluk hizmeti veren kuruluşun BK m. 41’e dayanarak tazminat talep etmesi de mümkün değildir.

IV. KILAVUZ ALMA ZORUNLULUĞUNA UYMAMANIN CEZAI SONUCU

Bu kılavuz alma zorunluluğuna aykırılığın cezai müeyyidesi ise Limanlar Kanunu m. 11’de düzenlenmiştir: “İşbu kanun ile ikinci maddede mezkur nizamnamelere muhalif hareketi sabit olanlardan beş liradan iki yüz liraya kadar ceza alınır. Mükerrirlerden işbu cezalar iki misli olarak alınır. Mücazati nakdiye kararını ita ve infaza liman reisleri salahiyyettardır.”

Limanlar Kanunu m. 11’de belirtilen para cezası 1 Haziran 2005’te yürürlüğe giren (m.13/1, b) 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un Diğer kanunlardaki para cezalarının artırılması ve usulü’nü düzenleyen 4. maddesine göre⁽²⁴⁾, alt sınır 428.575.-TL üst sınır 17.143.000.-TL’ye⁽²⁵⁾ çıkarılmıştır⁽²⁶⁾.

(22) EREN, s. 558.

(23) Oysa, Mülga 5842 sayılı Denizcilik Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu’nda kuruluşa kılavuzluk konusunda tekel hakkı (m.8) tanındığı gibi, bu tekel hakkının korunması için ise özel hükümler de kabul edilmiştir (Bkz. m. 27, 28, 33, 38). Bugünkü, mevzuatımızda ise bu hükümler bulunmamaktadır.

(24) (1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun dışındaki kanunlarda yer alan para cezalarından nispi nitelikteki vergi ve resim cezaları, nispi para cezaları ve tazminat kabilinden değişen orana bağlı bulunan para cezaları hariç olmak üzere, kanun ve tüzüklerde alt ve üst sınırları veya bunlardan birinin gösterildiği veya hiç gösterilmediği veya sabit bir rakam olarak gösterilmiş bulunan para cezalarından (idari ve disiplin para cezaları dahil);

b) Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul olunup da;

1. 31.12.1939 tarihine kadar yürürlüğe girmiş bulunan kanunlardaki para cezaları seksenbeşbinyediyüzonbeş katına,

Çıkarılmıştır (618 sayılı Limanlar Kanunu 20 Nisan (1341) 1923’te yürürlüğe girdiğinden b bendinin kapsamına girmektedir).

(25) Peşin ödeme halinde _ oranında indirim yapılmaktadır. Bkz. Kabahatler Kanunu m. 17/6 “Kabahat dolayısıyla idari para cezası veren kamu görevlisi, ilgilinin rıza göstermesi halinde bunun tahsilatını derhal kendisi gerçekleştirir. İdari para cezasını kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez.”

(26) Anayasa m. 38’deki “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan

1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren (m. 44) 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 3'deki "Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır." hükmüne göre, 618 sayılı Limanlar Kanunu m. 11'deki kabahat⁽²⁷⁾ için de 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 1 ila 31'inci maddeleri arasında düzenlenmiş olan genel hükümler uygulanacaktır.

Bu çerçevede bakıldığında, bu gün için⁽²⁸⁾ 618 sayılı Limanlar Kanunu m. 12, 13, 14 ve 15. hükümlerinin uygulama olanağı kalmamıştır.

Bu gün için kılavuz alma zorunluluğuna uymamanın sonucu bir kabahattir ve cezası da 428.575.-TL'den 17.143.000.-TL'ye kadar para cezasıdır⁽²⁹⁾.

SONUÇ

Kılavuzlukla ilgili tarifelerin kaynağı olan 5842 sayılı *Denizcilik Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu*⁽³⁰⁾ 28.10.1983 tarihinde 117 sayılı Türkiye Denizcilik Kurumu Kuruluşu Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin⁽³¹⁾ 23'. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen, yerel mahkeme ve Yargıtay'ın kararlarında bu tarifelere dayanılarak hüküm tesis edilmektedir⁽³²⁾. **Bu tarifeler, dayanağı olan kanun hükümleri yürürlükten kalkmış olduğundan, başka hiçbir işleme gerek kalmadan yürürlükten kalkmıştır**⁽³³⁾. Bu tarifelere uygun olarak, -san-ki bunlar halen yürürlükteymiş gibi- mahkemeler tarafından hüküm tesis edilmesi, kesinlikle kabul edilemez. Hatta, bu tarifelere göre, alınan kararların yargılama hukuku bakımından etkisiz karar oldukları söylenebilir. Çünkü, yürürlükteki hukuka aykırı verilen ve mevcut hukuka göre geçerli olmayan karar verilmiş olması hükmü etkisiz kılar. Hukuk düze-

daha ağır bir ceza verilemez.", TCK m. 2 ve Kabahatler Kanunu m. 4 hükümlerine rağmen, T.C. Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı Hukuk Müşavirliği, 07.09.05 tarih ve 01918 sayılı 2005/3 nolu Genelgesinde, alt sınırı 77.150.000.-TL üst sınırı 3.086.000.000.-TL olarak tespit etmiş ve uygulamanın bu çerçevede yapılması gerektiğini belirtmiştir.

(27) "Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır." (5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 2)

(28) 1 Ekim 2005

(29) İdari para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. Bu suretle idari para cezasının hesabında bir Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz. Bu fıkra hükmü, nispi nitelikteki idari para cezaları açısından uygulanmaz (Kabahatler Kanunu m. 17/7).

(30) RG. T. 16.08.1951 S. 7886.

(31) RG. T. 28.10.1983, S. 18205.

(32) Konusu aynen "Taraflar arasındaki ihtilaf esas itibarıyla, davalı TDİ'nin kılavuzluk hizmeti vermemeş olmasına rağmen kılavuzluk ücreti talep edip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır." olan menfi tespit davasında davayı reddeden Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi (kararındaki) bu soruya olumlu cevap vermiş, yani kılavuzluk hizmeti verilmesi de TDİ'nin kılavuzluk ücreti talep edebileceğini kabul etmiştir. Temyiz edilen bu karar Yargıtay 11. HD.'nin 19.02.2002 tarih ve E.2001/9797, K. 2002/1390 sayılı kararı ile onanmış, karar düzeltme talebi ise 03.05.2002 tarih ve E. 2002/4247, K. 2002/4328 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

(33) Bu konularda bkz. EDİS, S. : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 168 vd.

ninin tanımadığı ve o an için geçerli kabul etmediği bir kuralı uygulamak hukuki güvenliğini, olağanüstü derecede zedeleyecektir⁽³⁴⁾.

Cezai sonuçları bakımından ise 618 sayılı Limanlar Kanunu m. 11'de belirtilen para cezası 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren (m.13/1, b) 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un Diğer kanunlardaki para cezalarının artırılması ve usulü'nü düzenleyen 4. maddesine göre, alt sınır 428.575.-TL üst sınır 17.143.000.-TL'ye çıkarılmıştır. Bu gün için kılavuz alma zorunluluğuna uymamanın sonucu bir kabahattir ve cezası da 428.575.-TL'den 17.143.000.-TL'ye kadar para cezasıdır.

Bu nedenle, Anayasa m. 38'deki "*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan ceza-dan daha ağır bir ceza verilemez.*",

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 2, "**Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.**

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz." ve

5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 4, "*Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.*

Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir."

hükümlerine rağmen, Denizcilik Müsteşarlığı tarafından, 618 sayılı Limanlar Kanunu'ndaki ceza limitlerinin bir genelge⁽³⁵⁾ ile arttırılmasının da hukuki bir sonucu olamayacaktır.



(34) ÖZEKES, M. : Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm, Yargıtay Dergisi 2000/4, s. 691; PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ ÖZEKES, M. : Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2004, s. 399.

(35) T.C. Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı Hukuk Müşavirliği, 07.09.05 tarih ve 01918 sayılı 2005/3 nolu.

YASAL TEMERRÜT FAİZİ

ORHAN YILMAZ^(*)

A- GİRİŞ:

Bilindiği üzere, gerek yasal kapital faizi ve gerekse yasal temerrüt faizi yönünden uygulanması gereken hükümler, 19.12.1984 gün ve 18610 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanarak yürürlüğe giren **3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun** hükümleridir.

Kanunda, 15.12.1999 tarih ve **4489 sayılı yasa** ile değişiklik yapılmış ve bu değişiklikler de yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2000 tarihinden itibaren uygulanmıştır.

3095 sayılı Kanunda **27.04.2005** gün ve **25798** Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan **5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun** ile de değişiklik yoluna gidilmiştir.

5335 sayılı yasa ile yapılan değişiklik, 3095 sayılı yasanın 1. maddesi ile düzenlenen kapital faizine ilişkin olmakla birlikte; yasanın 2. maddesinin birinci fıkrasındaki atıf/yollama nedeniyle, ticari olmayan işlerde uygulanması gereken yasal temerrüt faizi oranlarını de etkilemektedir.

Bu şekilde; 3095 sayılı yasanın 1. maddesinde yapılan değişiklik, gerek yasal (*akdi olmayan*) kapital faizi ve gerekse ticari olmayan işlerde uygulanması gereken yasal (*akdi olmayan*) temerrüt faizi oranları değiştirilmiş olmaktadır.

Bu yazıda, 5335 sayılı yasa ile yapılan değişikliklerin temerrüt faizi uygulamasındaki etkileri ve uygulanması gereken temerrüt faizi oranları üzerinde durulacaktır.

B- 3095 SAYILI YASADA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER:

1) 3095 sayılı yasanın 19.12.1984 tarihinde yürürlüğe giren ilk hükümleri aynen şu şekildedir:

Kanunî Faiz

Madde 1- Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na göre faiz ödemesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse faiz ödemesi senelik yüzde otuz üzerinden yapılır.

(*) Beyoğlu 1. Ticaret Mahkemesi Başkanı

Bakanlar Kurulu, ekonomik şartları dikkate alarak bu oranda yüzde seksene kadar arttırma ve eksiltme yapabilir. Bakanlar Kurulu'nun bu konudaki kararı, kararın alınmasını izleyen takvim yılı başından itibaren uygulanır.

Temerrüt Faizi

Madde 2- Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1'inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur.

Bakanlar Kurulu Kararı ile bu oran 1'inci maddesindeki oran dahilinde arttırılabilir veya eksiltilebilir.

Ödeme yerinde ve ödeme zamanındaki banka iskontosu yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile, ticari işlerde temerrüt faizi, TC. Merkez Bankasının kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faiz oranına göre istenebilir.

Temerrüt faizi miktarının sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda öngörülen miktarın üstünde ise temerrüt faizi akdi faiz miktarından az olamaz.”

2. 4489 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler:

4489 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren hükümler ise şu şekildedir:

Kanuni Faiz

Madde 1- (Değişik: 15/12/1999-4489/1 m.) Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gerekne hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme, yıllık ,Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı üzerinden yapılır. Söz konusu reeskont oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.

Temerrüt Faizi

Madde 2- (Değişik: 15/12/1999-4489/2 m.) Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1'inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur.

Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.

Temerrüt faizi miktarının sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda öngörülen miktarın üstünde ise, temerrüt faizi, akdi faiz miktarından az olamaz.”

3. 5335 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik:

Torba kanun olarak da adlandırılan, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesi ile yapılan değişiklikle, 3095 sayılı yasanın 1. maddesi aşağıdaki şekli almıştır.

“Madde 1- Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır.

Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir.”

Kanunun 2. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmadığından; bu madde 4389 sayılı Kanunla değişik şekli ile halen yürürlüktedir.

C. 5335 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKTEN SONRA TEMERRÜT FAİZİ ORANLARI:

1) Ticari Olmayan İşlerde Temerrüt Faizi Oranı:

4489 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe kadar, 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrası ile Bakanlar Kurulu'na tanınan faiz oranında değişiklik yapma yetkisi bir defa kullanılmış ve Bakanlar Kurulu'nun 97/9807 sayılı kararı ile faiz oranları 1 Ocak 1998 tarihinden itibaren uygulanmak üzere %50'ye çıkarılmıştır.

4489 sayılı yasanın 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe girmesi ile, ticari olmayan işlerde, yasanın 2/1. maddesindeki atıf nedeni ile yasanın 1/1. maddesinde belirtilen reeskont haddi üzerinden temerrüt faizi uygulanmaya başlanmıştır.

Diğer bir ifade ile; 4489 sayılı Yasanın uygulandığı dönem içinde, *reeskont faizi, ticari olmayan işlerde uygulanan yasal temerrüt faizi anlamındadır. (Tablo: 1)*

5335 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile ticari olmayan işlerde reeskont haddi üzerinden temerrüt faizi uygulamasına son verilmiş olmaktadır.

Bu şekilde; genel uygulama şekli itibariyle, 3095 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarihteki düzenlemeye dönülmüş durumdadır.

3095 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarihteki hükümle, 5335 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle getirilen hüküm arasında bir paralellik bulunduğu ilk nazarda dikkati çekmektedir.

Bu iki hüküm arasındaki tek fark, faiz oranları ve Bakanlar Kurulu'na tanınan faiz oranında arttırma ve eksiltme yönünde değişiklik yapma yetkisinin kapsamındadır.

3095 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarihteki faiz oranı %30 iken; 5335 sayılı yasa ile getirilen faiz oranı %12'dir.

Bakanlar Kurul'na tanınan değişiklik yetkisi de, 3095 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarihte arttırma ve eksiltme yönünde %80'e kadarken; 5335 sayılı yasa ile getirilen değişiklik, Bakanlar Kurul'na bu oranı aylık olarak belirleme ve yüzde onuna kadar indirip bir katına kadar arttırmaya yetki verilmesinden ibarettir.

5335 sayılı yasa ile yapılan değişikliklerle, ticari olmayan işlerde uygulanacak faiz oranı, Bakanlar Kurulu tarafından bu oranlarda herhangi bir değişiklik yapılmıncaya kadar %12 olarak belirlenmiştir.

5335 sayılı yasanın yürürlük maddesi olan 35. maddesinin (c) bendine göre; bu faiz oranı, yasanın yayımlandığı **27.04.2005** tarihini takip eden **1 Mayıs 2005** tarihinden itibaren uygulanacaktır.

Bu şekilde; 1 Mayıs 2005 tarihinden itibaren, ticari olmayan işlerde uygulanması gereken temerrüt faizi oranı reeskont haddi üzerinden olmayıp, %12'dir. (Tablo: 2)

2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile; 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesinde öngörülen faiz oranının (%12) 01.01.2006 tarihinden geçerli olmak üzere %9'a indirilmesine karar verilmiş ve bu karar 30.12.2005 tarih ve 26039 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Bu durumda; ticari olmayan işlerde 01.01.2006 tarihinden itibaren ve Bakanlar Kurulu Kararı ile yeni bir değişiklik yapılmıncaya kadar %9 oranında yasal temerrüt faizi yürütülecektir.

2) Ticari İşlerde Temerrüt Faizi Oranı:

5335 sayılı yasa ile 3095 sayılı yasanın 2/2. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmadığından, ticari işlerde ve taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece uygulanması gereken temerrüt faizi oranı, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın (TCMB) kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranıdır. (Avans Faizi)

Burada dikkat edilmesi gereken husus; avans faizi oranı üzerinden temerrüt faizine hükmedilebilmesi için, TCMB.'nin kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranının, -Bakanlar Kurulu tarafından faiz oranlarında bir değişiklik yapılmadığı sürece- %12'den fazla olmasıdır.

TCMB.'nin kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, 25.5.2005 tarihinden itibaren %30, 20.12.2005 tarihinden itibaren %25 olduğundan; 3095 sayılı Kanun'un 2/2'. maddesindeki hüküm gereğince, ticari işlerde 01.07.2006 tarihinden itibaren %25 oranında avans faizi yürütülmesi gerekmektedir.

D- SONUÇ:

1) **Ticari olmayan işlerde** ve taraflarca akdi temerrüt faizi belirlenmemiş olması kaydı ile, **1 Mayıs 2005** tarihinden itibaren **-reeskont haddi üzerinden değil-, yüzde oniki oranında** ve 1 Ocak 2006 tarihinden itibaren de **yüzde dokuz oranında** temerrüt faizi uygulanması gerekmektedir.

Bu faiz oranları, Bakanlar Kurulu tarafından faiz oranlarında bir değişiklik yapılmadığı sürece geçerli olacaktır.

2) **Ticari olan işlerde** geçerli olan **avans** faizi uygulaması yönünden, faiz oranları dışında herhangi bir değişiklik söz konusu değildir⁽¹⁾.

Ticari işlerde uygulanması gereken faiz oranları düzenlenen tabloda gösterilmiştir. **(Tablo: 3)**

YASAL FAİZ, REESKONT FAİZİ VE AVANS FAİZİ ORANLARINA İLİŞKİN GENEL TABLO (Tablo 1)

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Tarafından Reeskont ve Avans İşlemlerinde Uygulanan Faiz Oranlarına Paralel Şekilde Uygulanması Gereken Temerrüt Faizi Oranları

Yılı	Merkez Bankası Karar Tarihi (veya) Kanunun Yayın Tarihi	Kanun No:	Reeskont İşlemlerinde Uygulanacak İskonto Oranı (%) (Reeskont Faizi*) (Ticari olmayan işlerde)	Yasal Faiz* (%) (Ticari olmayan işlerde)	Avans İşlemlerinde Uygulanacak Faiz Oranı (%) (Avans Faizi***)	Faizin Yürürlük Tarihi
1990	01.01.1990	3095	40	30	45	01.01.1990
1990	20.09.1990	3095	43	30	48,25	20.09.1990
1990	23.11.1990	3095	45	30	50,75	23.11.1990
1991	15.02.1991	3095	48	30	54,50	15.02.1991
1994	27.01.1994	3095	56	30	65	27.01.1994
1994	21.04.1994	3095	79	30	98	21.04.1994
1994	12.07.1994	3095	70	30	85	12.07.1994
1994	27.07.1994	3095	63	30	75	27.07.1994
1994	01.10.1994	3095	55	30	64	01.10.1994
1995	10.06.1995	3905	52	30	60	10.06.1995
1995	01.08.1995	3905	50	30	57	01.08.1995
1997	02.08.1997	3905	67	30	80	02.08.1997
1998	97/9807 Sayılı Bakanlar K.K.	3095	67	50	80	01.01.1998
1999	30.12.1999	3095/4489	60	-	70	01.01.2000
2002	17.05.2002	3095/4489	55	-	64	01.07.2002
2003	14.06.2003	3095/4489	50	-	57	01.07.2003
2003	08.10.2003	3095/4489	43	-	48	01.01.2004
2004	15.06.2004	3095/4489	38	-	42	01.07.2004
2005	R.G.27.04.2005	3095/4489	38	12	42	01.05.2005
2005	13.01.2005	3095/4489	32	12	35	-----
2005	25.05.2005	3095/4489	28	12	30	01.07.2005
2005	20.12.2005	3095/4489	23	9	25	01.01.2006

(*) Yılmaz Orhan, Kanuni Temerrüt Faizi Üzerine, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı: 2004/4, s. 1509.

Açıklama:

* 3095 sayılı Kanun'da 15.12.1999 tarih ve 4489 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra ve 5335 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar *ticari olmayan* işlerde uygulanan faiz oranıdır. (Ticari olmayan işlerde 01.01.2000 ila 01.05.2005 tarihleri arasında uygulanmıştır.)

** 3095 sayılı Kanun'da 15.12.1999 tarih ve 4489 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce, *ticari olmayan* işlerde uygulanan ve 5335 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra da aynı işlerde uygulanması gereken faiz oranıdır. (Ticari olmayan işlerde 3095 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 19.12.1984 tarihinden 4489 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihine kadar uygulanmış olup; 5335 sayılı Kanunla yapılan değişiklik uyarınca 01.05.2005 tarihinden itibaren de uygulanması gerekmektedir.)

*** 3095 sayılı Kanun'da 15.12.1999 tarih ve 4489 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesi ve sonrasında ticari işlerde uygulanan faiz oranı olup; 5335 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra da aynı işlerde uygulanması gerekmektedir.

Ticari Olmayan İşlerde Temerrüt Faizi Oranları**(Tablo: 2)****Faizin Başlangıç Tarihi Faiz Oranı (%)**

01.01.1990	%30
01.01.1998	%50
01.01.2000	%60
01.07.2002	%55
01.07.2003	%50
01.01.2004	%43
01.07.2002	%38
01.05.2005	%12
01.01.2006	%9

Ticari İşlerde Temerrüt Faizi Oranları
(Tablo: 3)**Faizin Başlangıç Tarihi Faiz Oranı (%)**

01.01.1990	%45
20.09.1990	%48.25
23.11.1990	%50.75
15.02.1991	%54.50
27.01.1994	%65
21.04.1994	%98
12.07.1994	%85
27.07.1994	%75
01.10.1994	%64
10.06.1995	%60
01.08.1995	%57
02.08.1997	%80
01.01.2000	%70
01.07.2002	%64
01.07.2003	%57
01.01.2004	%48
01.07.2004	%42
01.07.2005	%30
01.01.2006	%25



AIHS VE İÇ HUKUKUMUZ ÇERÇEVESİNDE MÜDAFİLİK KURUMUMUZ

CÜNEYD ALTIPARMAK^(*)

Giriş

Hukuki yardım almak her şüpheli ve sanık için gerekli bir haktır. Bu hak, hiç , suç isnadı veya yakalama yapıldığı andan itibaren ceza muhakemesinin her aşamasında gereklilik arz eder. “*Hukuki Yardım Alma Hakkı*” bir şüpheli veya sanık için başta kendi kendini rahatça ifade edebilme ve kanuni menfaatlerden kolayca yaralanabilmeyi içerir. Bu olanağı sanığa veya şüpheliye sağlayacak kimseler yargı ve kolluk mekanizmasının her üyesi ile birlikte, özellikle savunma makamı olan avukattır⁽¹⁾. Hukuki yardım dar anlamda avukat bulundurmayı, gözaltındakine avukat sağlamayı ifade eder⁽²⁾. Sadece avukat sağlama yetmez bununla birlikte avukatın niteliği, ücretsiz olması ve avukatın gözaltındaki lehine özgürce ve baskısız hareket edeceği ortamın da hazır edilmesi gerekir⁽³⁾. Bu konu birçok uluslararası belgede yer almıştır. Bu düzenlemeler ile ilgili madde metinlerinin bazıları aşağıdaki gibidir:

a- Avukatların Rolüne İlişkin Temel İlkeler m.1: “*Herkes haklarının varlığını tespit ettirmek ve korumak ve ceza yargılamasının her aşamasında haklarını savunmak için kendi seçtiği bir avukatın yardımına başvurma hakkına sahiptir*”

b- Herhangi Bir Biçimde Tutulan ya da Hapsedilenin Korunması İçin İlkeler Bütünü m.17: “*Tutulan bir kimse bir avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkına sahiptir. Yetkili makam tutulan kimseyi bu hakka sahip olduğu konusunda bilgilendirir ve bu hakkı kullanabilmesi için kendisine makul kolaylık sağlar*”

(*) Avukat, cuneydaltiparmak@yahoo.com

(1) TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M. Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara-2002, s.271

(2) WEISSBRODT, David, Fair Trials Manual, Amnesty International Publication-1998, (Çev: TAMER, A.Fadıl/ KAPLAN, Erol, İstanbul-2000) s.83

(3) WEISSBRODT, s.85-99

c- Avrupa Cezaevi Kuralları m. 93 :“Tutuklu mahpuslar, tutuklanır tutuklanmaz bir hukuki temsilci seçmeye hak kazanırlar ya da mümkün olduğu takdirde ücretsiz bir avukat atanmasına, savunmaları için bu avukatın ziyaretlerine ve avukata gizli talimatlar hazırlayıp vermelerine ve almalarına izin verilir“

d- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/3-c “Her sanık... c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının veya eğer bir avukat tutmak için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın ücretsiz yardımından istifade etmek,... hakkına sahiptir⁽⁴⁾”.

İç hukukumuzda ise bu hakkın kullanılması; “**müdafilik kurumu**” ile uygulamaya yansır. Müdafii; ceza muhakemesi hukukunda sanığın veya şüphelinin aklanması (beraat etmesi) veya hafif bir ceza alması için uğraşan ve gerek soruşturma ve gerekse kovuşturma esnasında sanığa ya da şüpheliye hukuki yardımda bulunmak görevi ile yükümlü kimsedir⁽⁵⁾.

Biz bu makalemizde müdafinin soruşturma ve kovuşturma evresindeki konumu ve müdafinin görevlendirilmesi, seçilmesi ve evrak incelemesi gibi konulardaki, iç hukuk düzenlemelerine değineceğiz

Ancak ilkin konu ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki düzenlenmeyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ışığında, aktaracağız. Ardından İç Hukukumuzda, özellikle; Ceza Muhakemesi Kanunu ve en son yürürlüğe giren bazı yönetmelikleri inceleyeceğiz.

I- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kararları Doğrultusunda Hukuki Yardımın Esasları

Sözleşmede sanığın bizzat kendisinin veya seçeceği bir avukatın hukuksal yardımından yararlanarak savunmasını yapması olanağı sağlanmıştır. Aynı maddeyle, avukat tutmak için mali olanaklardan yoksun olan sanığın, adaletin selâmeti için, bir avukat yardımından ücretsiz faydalandırılması öngörülmüştür (m.6/3-c).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) “ücretsiz avukat tayininin” teorik ve hayali değil, gerçek ve etkili olarak sağlanmasını aramaktadır. Bu kavram “zorunlu müdafilik (müdafii görevlendirilmesi)” kurumu ile iç hukukumuzda karşılık bulmaktadır⁽⁶⁾.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; John Murray-Birleşik Krallık davasında, bu ülkenin hukuk sistemine göre sanığın gözaltı sırasında konuşmama hakkını tercih etmesinin aleyhine yorumlanabileceği bir durumda, bir avukat yardımından faydalandırılmamasını, söz konusu bendin ihlâli

(4) Bu konuya aşağıda daha ayrıntılı biçimde değinilecektir.

(5) Türk Hukuk Lügati, Ankara-1998, s. 251

(6) ÇULHA, Rifat, “Avukatın Hazırlık Soruşturmasındaki Rolü”, IGUL Eğitim Programları, Yayın No: 4, İstanbul-2004, s. 216

olarak görmüştür. Ayrıca belirtmekte fayda vardır ki; polis soruşturmasına ağırlık verilen sistemlerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, soruşturma sırasında bir avukatın refakatini zorunlu görmektedir.⁽⁷⁾

Bu fıkra sanığın kendi kendini savunması veya kendi seçtiği avukat aracılığı ile savunma yapması ve maddi durumu yetersiz olan sanıklara ücretsiz avukat temin edilmesi gerekliliğine işaret eder⁽⁸⁾. Zira bu 'adaletin selameti' için gereklidir⁽⁹⁾. *Croissant-Almanya Kararında bir sanığın yerel mahkemedeki yargılamada bir avukatın yardımından faydalanma hakkının gerekliliğine ve bu hakkın şekli olarak kullanılmasının sözleşmeye aykırı olacağı hususuna vurgu yapmıştır*⁽¹⁰⁾.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Artico-İtalya Kararında "...6. madde (3) c kapsamında atama değil, yardımdan söz edilir. Ayrıca sadece atama yapılması da etkin yardımın gerçekleştiği anlamına gelmez. Çünkü yardım amacıyla görevlendirilen avukat ölebilir, ciddi bir hastalık geçirebilir, uzun süre iş görmekten alıkoynulabilir veya üstlendiği görevleri azaltmak isteyebilir. Böyle bir durumdan haberdar edildikleri takdirde yetkililerin bu avukatı ya değiştirmesi ya da avukatın yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlaması gerekir" denmektedir⁽¹¹⁾.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları göz önünde bulundurularak ceza hukuku çerçevesinde avukat temini hakkında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin hassasiyetleri aşağıdaki gibi sıralanabilir:

1- Savunma makamına savunmasını yapabilmesi için yeterli süre verilmelidir⁽¹²⁾.

2- Avukat seçme hakkı sadece maddi durumu iyi olanlara özgüdür. Ücretsiz avukatla savunulacak bir kimsenin böyle bir hakkı yoktur⁽¹³⁾.

(7) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; Colozza-İtalya kararında, duruşmada hazır bulunmak için kendine düşeni yerine getirmeyen sanığın, bu hakkından zımnen vazgeçtiği düşünülerek gıyabında yargılamaya devam edilebileceğine hükmetmiştir. Ancak, bu yola başvurulabilmesi için sanığın haberdar edilmesi için görevlilerin her yolu denemiş olmaları da öngörülmektedir.

(8) MOLE, Nuala/ HARBY, Catharina, Adil Yargılanma Hakkı, Strasbourg-2001 (Çev: Adalet Bakanlığı, Ankara-2003), s. 55

(9) TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR, s.273

(10) MOLE/CATHARINA, s. 55

(11) MOLE/CATHARINA, s. 55-56 ; Yine Aynı Meyanda AİHM ; Kamasinski- Avusturya Kararında; "... 6. madde (3) c uyarınca yetkili ulusal mercilerin müdahalesi, sadece, ücretsiz temin edilen bir dava vekilinin etkin temsile başansız olduğu açıkça ya da başka bir şekilde bu duruma yeterli bir dikkatleri çekilirse gerekir"

(12) Goddi - İtalya Kararı (www.echr.coe.int) (erişim tarihi: 20.08.2005) "Sanığı yerel mahkemede temsil eden avukatın davaya yeterince hazırlanmak için yeterli zaman ve imkân bulamadığının bariz olduğu durumlarda, mahkemeye başkanlık yapan yargıcın görevi, olumlu önlemler alınmasını sağlayarak avukatın sanığa karşı yükümlülüklerini yeterli ölçüde yerine getirebilmesini temin etmektir. Böylesi durumlarda genellikle davanın bir süre tihiri istenecektir". (Goddi İtalya'ya karşı, 9 Nisan 1984, 31. paragraf.)

(13) M- Birleşik Krallık Kararı(www.echr.coe.int) (erişim tarihi: 20.08.2005), Yani "avukat seçme hakkı" mutlak değildir. Daha çok avukatın atanması söz konusu olacaktır.

3- Ücretsiz avukat temini hakkının kötüye kullanılmaması gerekir. Bir kişinin ücretsiz avukat tayin edebilmesi için, ilkin; maddi gücünün yetersiz olması, daha sonra ücretsiz avukatın sağlanması, adaletin temini için gerekli olması gerekir. Bu ikinci koşulun tespit için davanın niteliğine bakılması gerekir. Eğer dava karmaşık ve teknik hukuk bilgiyi gerektiriyorsa avukat temini gerekir. Buna göre avukatın nitelikli ve tecrübeli olması da gerekmektedir⁽¹⁴⁾.

4- Kişinin avukat ücretini ödeme gücünün olup, olmadığı ve bunun belgelenmesi durumu hâkimin takdirine bırakılmıştır⁽¹⁵⁾.

II- İç Hukukumuzdaki Durum

(Özellikle Ceza Muhakemesi Kanunundaki Düzenlemeler)

A- Soruşturma Esnasında Hukuki Yardım

Soruşturma; kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder (CMK m.2/e). Bu evrede hukuki yardım alacak kimse genellikle, suç şüphesi altında bulunan kişi, yani şüphelidir (CMK m.2/a). Soruşturmanın her aşamasında; müdafii istenebilir (CMK m.149/1). Ancak kanun koyucu ifade alma esnasında en fazla üç avukatın bulunabileceğini düzenleme altına almıştır (CMK. m.149/2). İfade alma; şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından isnat edilen suçla ilgili olarak dinlenmesini ifade eder (CMK m.2/g). **Yani şüpheli kimse kolluk ve savcılık ifadesinde en fazla üç müdafiden hukuki yardım alabilir veya ifade sırasında yanında bulundurulabilir**⁽¹⁶⁾.

Soruşturma sırasındaki her aşamada (kolluk, savcılık, sorgu vs) şüphelinin hukuki yardım alma ve müdafisini yanında bulundurma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz (CMK. 149/3). Müdafii, Şüpheli veya sanık ile vekâletname aranmaksızın her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz (CMK m.154)⁽¹⁷⁾.

(14) Hoang – Fransa Kararı. Örneğin Benham – Birleşik Krallık Kararında “özgürlükten mahrumiyet söz konusu ise, adaletin selameti amacı prensipte para ödmeden avukatın yardımından faydalandırılır” denmektedir. (MOLE/CATHARINA, s. 55-56)

(15) MOLE/CATHARINA, s. 57

(16) İfade dışındaki işlemlerde bu konuda bir sınır tayin edilmediğine göre, şüpheli istediği sayıda müdafii bulundurulabilir.

(17) YGİY Madde 21’ de Müdafii ile görüşmeyi şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Şüpheli veya sanık vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz.(2)Müdafii ile görüşmesinden önce ve görüşmesi sırasında, talebi hâlinde yakalanan kişiye kalem ve kâğıt verilir.(3)Soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla ve yakalanan kişi isterse, vekâletname aranmaksızın en çok üç müdafii ifadede hazır bulunabilir. (4)Her kolluk biriminde görüşme için uygun şartları haiz görüşme odası ayrılır”

Bu konuda Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğine⁽¹⁸⁾ (YGİY) değinmekte yarar vardır⁽¹⁹⁾. Çünkü “*isnadın öğrenilmesi*” genellikle bu aşamada başlamaktadır⁽²⁰⁾. Dolayısı ile “*hukuki yardımın da*” bu andan itibaren başlatılması ya da en azından bu hakkın anımsatılması gerekecektir⁽²¹⁾.

Kolluk; şüpheliye suç ayrımı gözetmeden:

- 1) Hakkındaki iddialar ile yakalanma sebebini,
- 2) Kimliğinizle ilgili sorulara doğru cevap vermek zorunluluğunu bunun aksi bir tutumun suç teşkil edeceğini,
- 3) İsnat edilen suç hakkında açıklamada bulunmama, yani susma hakkına sahip olduğunu,
- 4) Yakalandığı veya gözaltına alındığını yakınlarına haber verme hakkı olduğunu⁽²²⁾,
- 5) Şüpheleri ortadan kaldırmak için lehine olan hususları öne sürebilme ve bu doğrultuda ifade verme hakkının olduğunu
- 6) Müdafî tayin hakkının olduğunu, Müdafî tayin edebilecek durumu yoksa, baro tarafından tayin edilecek bir müdafîin hukukî yardımından alabileceğini

(18) Resmi Gazete Tarihi: 01.06.2005 Resmi Gazete Sayısı: 25832

(19) Bu konuda ülkemizde adli polis teşkilatının kurulması tartışılmıştır. Bu konu ile ilgili olarak birçok ülkede uygulama mevcuttur. Örneğin Fransa'daki uygulama için bakınız: AKKAYA, Abdullah, “İç Güvenlikte Bir Fransız Deneyimi Adli Polis Merkez Müdürlüğü Örneği” isimli makalesine. internet adresi: http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/36/web/ceza_muhakemeleri_usulu_kanunu/abdullah_akka-ya.htm

(20) Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği, bütün adli kolluk görevlileri ile gerektiğinde veya Cumhuriyet savcısının talebi üzerine adli kolluk görevini ifa eden diğer kolluk görevlilerinin, Cumhuriyet savcılarının bilgi ve emirleri doğrultusunda yürütecekleri adli soruşturma sırasında kolluk tarafından gerçekleştirilen yakalama, gözaltına alma, muhafaza altına alma ve ifade alma işlemlerinin yürütülmesinde uyulacak usul ve esasları düzenlemektedir. Bu yönetmelik soruşturma evresinin bir aşaması olan “kolluk” ile ilgili işlemleri düzenlemektedir. Zaten uygulamada da şüphelinin müdafî yardımına ilk ve en çok başvurduğu aşama kolluk aşamasıdır. Yani hukuk yardım daha bu aşamadan başlamaktadır. Bunun için müdafîlik ile ilgili olarak bu yönetmelikteki düzenlemelere yer vermemiz gerekmektedir. Yakalama; Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkınızda kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasıdır (YGİY m.4).

(21) Yakalama ve gözaltına alma şüphesiz kişinin özgürlüğü ve güvenliğini ilgilendiren bir durumdur. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hassas bir tutum sergilemektedir. Bu konuda, Lukanov-Bulgaristan Kararında Mahkeme suç olmayan bir davranış ile ilgili yakalama yapılamayacağına (YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe/ GÜZEL, İdris, Kolluk Yetkileri, Güvenlik ve Hukuk, İstanbul-2004, s. 12), Guzzardi-İtalya Kararında, bir kimsenin bir adada, sosyal ilişkileri zayıf bir ortamda bırakılmaya zorlanmasının sözleşmeye aykırılığına, (YENİSEY/NUHOĞLU/GÜZEL, s. 13), Fox, Campbell ve Hartley- Birleşik Krallık Kararında ise, suç şüphesini belli bir olgunluğa erişmeden göz altı veya yakalama yapılamayacağına vurgu yapılmıştır (YENİSEY/NUHOĞLU/GÜZEL, s. 13-14). Bu konu ile ilgili kararlar için bakınız: (YENİSEY/NUHOĞLU/GÜZEL, s. 12-18)

(22) Haber vermek istediğiniz yakınınıza veya belirlediğiniz bir kişiye veya yazılı olarak karşı çıkmadığınız takdirde Büyükelçiliğinize/ Konsoloslunuza durum derhâl bildirilecektir.

7) Müdafî ile görüşme ve konuşma hakkının olduğunu ve Müdafîinin ifade alma esnasında yanında hazır bulunabileceğini,

8) Yakalama, gözaltına alma işlemine veya gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı, hemen serbest bırakılmasını sağlamak için sulh ceza hâkimine gerek müdafî-i yardımı olarak, gerek bizzat kendisinin başvurma hakkının olduğunu hatırlatmalıdır (YGİY m.6/4).

Yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanağa yakalananın, hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı açıkça yazılır, bu tutanağın bir sureti yakalanan kişiye verilir. Bu kişiye ayrıca haklarının yazılı olarak bildirildiğini ve kendisi tarafından da bu hususun anlaşıldığını belirten "**Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formu**"⁽²³⁾ tanzim edilerek imzalı bir örneği verilir⁽²⁴⁾.

İfade; şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesidir (CMK m.2/1-g). **İfade alma ise;** bazı kriminal esaslara göre tasarlanmış, sorular ve bunlara alınan cevapları içeren görüşmedir⁽²⁵⁾. İfade ile amaç, suç konusu olayda gerçeği bulmak arzusudur⁽²⁶⁾. Böylece soruşturma konusu olayla ilgili başka olguların olup olmadığı araştırılırken, kovuşturma sırasındaki bazı delillere de ışık tutmak, hedeflenmektedir⁽²⁷⁾. Müdafî, şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken yanında bulunacaktır⁽²⁸⁾. Bu kanunen şüpheliye tanınan bir haktır. Kollukta alınan ifade, soruşturma evresinin bir aş-

(23) Bu form için bakınız: YGİY, EK-A

(24) Bu form tüm suçlardan dolayı yakalanan ve/veya gözaltına alınan şüpheli/sanıklara verilecektir. Bu form, gözaltına alınan her şahıs için üç nüsha doldurulacak, bir nüshası şahsın kendisine, bir nüshası Cumhuriyet başsavcılığına verilecek, diğer nüshası ise dosyasına konulacaktır.

(25) DEMİRBAŞ, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir-1996, s.23-24

(26) DEMİRBAŞ, Timur, "Soruşturma Evresinde Şüphelini İfadesinin Alınması ve Müdafilik" Legal Hukuk Dergisi, Yıl:3 Sayı:32,s.2873

(27) DEMİRBAŞ, "Soruşturma Evresi", s.2874

(28) Kolluk ile sanık veya şüphelinin konumu arasında ki denge ile ilgili olarak Vahit BİÇAK; şunlardan bahsetmektedir: "Hazırlık soruşturmasının etkin ve verimli olarak yürütülebilmesi için polisin birtakım yetkilerle donatılması kaçınılmaz olmakla birlikte, bu yetkilerin aşırı kullanılarak kişi hak ve hürriyetlerinin keyfi olarak ihlal edilmemesini sağlamak için bu yetkilerin sınırlarının belirlenmesi, kullanımlarının sıkı denetime tabi tutulması ve en önemli olarak ta polise verilen yetkilere denge oluşturacak şekilde sanığın bir takım haklarla donatılması gereği kendini göstermektedir. Hazırlık soruşturması sürecinde sanığın karşılaşılabileceği birtakım riskler söz konusu olabilir. Örneğin, sanık kötü muameleye maruz kalabilir. Kötü muamele sanığın vücut bütünlüğüne karşı olabileceği gibi şeref ve haysiyetine yönelikte olabilir. Benzer şekilde, sanığın ifadesi soruşturma konusu suçla sanığı iribatlı yapacak şekilde tahrif edilebilir. Bu ve benzeri risklere karşı sanığın korunması ve hazırlık soruşturması süresince ne olup bittiğinin şüpheye mahal vermeksizin tam olarak mahkemelerce bilenebilmesini sağlamak için sanığa birtakım haklar verilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Bu hakların neler olabileceği veya olması gerektiği hususunda hukuk sistemleri ortak bir görüşe ulaşamamış olmakla birlikte Avrupa Topluluğuna üye ülkelerin hukuk sistemlerinin hemen hemen hepsi birtakım temel haklar üzerinde fikir birliğine varmış bulunmaktadır (BİÇAK, Vahit, Avrupa Birliği İle İlişkilerin Hazırlık Soruşturmasına Etkisi http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/vahit_bicak/AB_ile_iliskiler.htm, s.2) (erişim tarihi:12/09/2005)

ması olduğu için, müdafii, yukarda belirttiğimiz, tüm haklara sahiptir. Kollukta alınan ifade de, müdafii “sadece hukukî yardımda bulunabilir, şüphelinin ifadesi alınırken şüpheliye sorulan soruya doğrudan cevap veremez, onun yerini aldığı izlenimi veren herhangi bir müdahalede bulunamaz. Hukukî yardım, maddî olayı karartabilecek müdahalelerin yapılması anlamına gelmez. Müdafii şüpheliye bütün kanunî haklarını hatırlatabilir ve müdafii her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir” (YGİY m.23/d)⁽²⁹⁾.

Müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz (CMK m.148/4).

Müdafii kolluk aşamasında sağlık muayenesinin gecikmesine neden olmayacaksa, şüphelinin yanında bulunabilir (YGİY m.9/10)⁽³⁰⁾. Bunun için şüpheli eğer müdafii istiyorsa, bu şüpheliye kolluk görevlilerince sağlık muayenesi yaptırılmadan önce sağlanmasına dikkat edilmelidir. Zira kişiye; yakalandığı an “müdafii isteme hakkı hatırlatılması”, yukarıda belirttiğimiz üzere öncelikli bir durumdur.

Müdafii yakalama veya gözaltı işleminin ya da süresinin hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa, şüphelinin hemen serbest bırakılmasını sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilir⁽³¹⁾. Yakalanan kişinin dilekçesi yetkili hâkime en seri şekilde ulaştırılır (YGİY m. 15).

On iki yaş ile on sekiz arasındaki şüpheliler suç sebebi ile yakalanabilirler. Ancak bu çocuklar, yakınları ile müdafisine haber verilerek, derhâl Cumhuriyet Başsavcılığına sevk edilirler; bunlarla ilgili soruşturma Cumhuriyet Başsavcısı veya görevlendireceği Cumhuriyet Savcısı tarafından bizzat yapılır. (YGİY m.19/b)

B- Kovuşturma Esnasında Hukuki Yardım

Kovuşturma; Ceza Yargılamasında iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder (CMK m.2/f). Kovuşturma sırasında artık şüpheli yoktur. Burada hukuki yardım talep edecek kimse; genellikle sanıktır. Sanık; kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişidir (CMK m.2/b). Sanık, kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafii yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da

(29) Kanaatimizce bu tip bir düzenleme yerinin yönetmelik yerine, kanun olması gerekirdi.

(30) Şunu da belirtmek gerekir kolluk esnasında müdafii sadece gözlemcidir. Hukuka aykırılıkları gözlemler. Şüpheliye hatırlatılmayan haklarını, hatırlatır veya kontrol eder. Hiçbir surette gerek kolluğu veya şüpheliyi yönlendirici veya delilleri karartıcı ifade vermeye zorlayamaz, telkin edemez ya da ifade vermesini engelleyemez. Şüpheliden olayı dinler, çelişkileri sorar. Haklarını hatırlatır. Çelişkilerin sakıncasını belirtir. Ancak şüphelinin ifadeyi alması sırasında ne kolluğa nede şüpheliye müdahale edemez. Bunun istisnası kolluğun şüphelinin hakkını ihlal ettiği durumlar olabilir. Çünkü aksi bir müdahale delilleri karartma olarak nitelendirilecektir.

(31) Bu hak; yakalanan kişi ve müdafii ile birlikte; şüphelinin kanunî temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısmına da aittir. (YGİY m.15)

sanığa müdafii seçebilir (CMK m. 149/1)⁽³²⁾. Kovuşturma evresinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz (CMK m. 149/3). Kovuşturma sırasında müdafii sayısında bir sınırlama yoktur⁽³³⁾.

C- Müdafinin Seçimi ve Görevlendirilmesi

Şüpheli veya sanık ister soruşturma esnasında ister kovuşturma esnasında istediği kimseyi kendisine müdafii seçebilir. Bu durumda müdafii seçimi söz konusudur. Yani şüpheli veya sanık Baroya başvurmadan kendi ekonomik imkânlarını kullanarak, kendisine hukuki yardımda bulunması için bir avukat temin edebilir. Uygulamada gerek kolluk ve gerek savcılık ifadelerinde bu durum “....şüphelinin özel müdafii...”, “....şüphelinin avukatı...” veya “....şüphelinin seçtiği müdafii...” gibi ibareler ile tutanağa geçilmektedir.

Müdafinin görevlendirilmesi (atanması) ise daha farklı bir kavramdır⁽³⁴⁾. Burada şüpheli veya sanık hukuki yardımdan ücretsiz olarak yararlanmaktadır. Şüpheli veya sanığın burada avukat seçmesi söz konusu değildir. Burada avukat re’sen atanmaktadır. Tekrar değinmek gerekir ki; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de İçtihatları da bu yöndedir. “Avukat seçme hakkı sadece maddi durumu iyi olanlara özgüdür. Ücretsiz avukatla savunulacak bir kimsenin böyle bir hakkı yoktur⁽³⁵⁾”. “Bu durum hakkın kötüye kullanılmasını gerektirmez. Bir kişinin ücretsiz avukat tayin edebilmesi için, ilkin; maddi gücünün yetersiz olması, daha sonra ücretsiz avukatın sağlanmasının, adaletin temini için gerekli olması gerekir⁽³⁶⁾”.

Görevlendirme; müdafii isteyen şüpheli için; ifadeyi alan kolluk veya savcı tarafından ya da sorgu hâkimi tarafından, sanık için ise mahkemenin istemi üzerine Baro tarafından sağlanır. Yani müdafii, ilgili birimlerce (kolluk, savcılık, mahkeme) istendiğinde, Baro tarafından görevlendirilir (CMK m. 156/1)⁽³⁷⁾. Yetkili Baro soruşturmanın veya kovuşturmanın yapıldığı yer barosudur (CMK m. 156/2). Görevlendirme sureti ile kurulan mü-

(32) Bu konuda vekaletnamenin gerekliliği ile ilgili düşünceler için bakınız: Bu sayıda, Av. Mehmet ALA-GÖZ’ün kaleme aldığı “Müdafii ve Vekaletname” isimli makaleye.

(33) Sanığın kanuni temsilcisine duruşma günü, saati bildirilir. Duruşmaya kabul edilebilir ve istemi üzerine dinlenebilir (CMK m. 155/1). Sanığın eşi de duruşmaya kabul edilebilir, duruşmada, eğer isterse, dinlenebilir. Ancak sanığın eşine; duruşmanın gün ve saatini bildirmek (tebligat) gerekmemektedir (CMK m. 155/2).

(34) “Müdafii hukuki yardımından yararlanmak otomatik olarak gerçekleşmemekte, sanığın bu yönde talepte bulunması gerekmektedir. Talep şartı, hakları hakkında yeterli bilgisi olmayan, ilk defa soruşturma ile yüz yüze gelen kişilerin kanunlarca kendilerine tanınan bu haktan gereği gibi istifade edememelerine yol açabilecek niteliktedir” (BİÇAK, s.3)

(35) M- Birleşik Krallık Kararı

(36) Hoang – Fransa Kararı

(37) Konuya ilişkin düzenleme YGİY’de vardır. Düzenleme şöyledir: “Madde 20 (1) Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafii yardımından yararlanabilir; kanuni temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafii seçebilir.

dafilik bağı, sanığın veya şüphelinin kendisine müdafii seçmesi ile sona erer (CMK m.156/3). Birden çok şüpheli veya sanık için “yarar birliği” varsa aynı müdafii görevlendirilebilir (CMK m.152).

Müdafilik bağının kurulması ile müdafii bir kısım yükümlülükler altına girer. Bu yükümlülükleri yerine getirmemek ise, Ceza Muhakemesi Kanunun “Müdafii görevini yerine getirmediğinde yapılacak işlem ve müdafilik görevinden yasaklanma” başlıklı 151. maddesi çerçevesinde bazı sorumluluklar doğurur⁽³⁸⁾.

Ceza Muhakemesi Kanunu; şüpheli veya sanığa müdafii görevlendirilmesi hususunda ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre; 1) Şüphelinin veya sanığın istemi üzerine avukat görevlendirilecektir, 2) Şüphelinin veya sanığın istemi gerekmezsizin zorunlu olarak avukat görevlendirilecektir.

1- Şüphelinin veya Sanığın İstemi Üzerine Avukat Görevlendirilmesi

CMK 150/1 uyarınca; Şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi hâlinde bir müdafii görevlendirilir. Burada isnat altında bulunulan suçun niteliği veya ağırlığına bakılmaksızın, şüpheli veya sanığın “avukat (müdafii) talep ediyorum” şeklindeki veya benzeri beyanı üzerine, gerek soruşturma ve gerekse kovuşturma evresinin her aşamasında avukat görevlendirilebilecektir. Bu talebin yerine getirilmemesi suçtur.

(2) Soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç müdafii hazır bulunabilir. (3) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında müdafii, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz. (4) Şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, talebi hâlinde baro tarafından bir müdafii görevlendirilir. (5) Şüpheli veya sanık on sekiz yaşını doldurmuş ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl olur ve bir müdafii de bulunmazsa talebi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir. (6) Üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada şüpheli veya sanığın talebi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir.”

(38) CMK m. 151 metni şu şekildedir : “ (1) 150 nci madde hükmüne göre görevlendirilen müdafii, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hâkim veya mahkeme derhâl başka bir müdafii görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapar. Bu durumda mahkeme oturuma ara verebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verebilir. (2) Eğer yeni müdafii savunmasını hazırlamak için yeterli zaman olmadığını açıklarsa oturum ertelenir. (3) 149 uncu maddeye göre seçilen veya 150 nci maddeye göre görevlendirilen ve Türk Ceza Kanununun 220 ve 314 üncü maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat, hakkında bu fıkra da sayılan suçlar nedeniyle kovuşturma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafilik veya vekillik görevini üstlenmekten yasaklanabilir. (4) Cumhuriyet savcısının yasaklamaya ilişkin talebi hakkında, müdafii veya vekil hakkında açılan kovuşturmanın yapıldığı mahkeme tarafından gecikmeksizin karar verilir. Bu kararlara karşı itiraz edilebilir. İtiraz sonucunda yasaklama kararının kaldırılması halinde avukat görevini devam ettirir. Müdafilik görevinden yasaklama kararı, kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, bir yıl süre ile verilebilir. Ancak, kovuşturmanın niteliği itibarıyla bu süreler altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki defa uzatılabilir. Kovuşturma sonunda mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi halinde, kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararı kendiliğinden kalkar. (5) Görevden yasaklama kararı, tutuklu veya hükümlü ile yeni bir müdafii görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. (6) Müdafii veya vekil görevden yasaklanmış bulunduğu sürece başka davalarla ilgili olsa bile müdafiliğini veya vekillik görevini üstlendigi kişiyi ceza infaz kurumunda veya tutukevinde ziyaret edemez

2- Şüphelinin veya Sanığın İstemi Gerekmezsizin, Zorunlu olarak Avukat Görevlendirilmesi:

Bu durum CMK m.150/2 ve 150/3 te düzenlenmiştir. Buna göre şüpheli veya sanık; a) on sekiz yaşını doldurmamış ise, b) sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl bir durumda ise, c) üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında müdafî görevlendirilmesi zorunludur. Talep aranmaz. Müdafîi tayin edilmeden alınan ifade hukuken bir hüküm doğurmaz. Müdafîi olmadan alınan ifade, şüphelice doğrulanmadığı müddetçe hükme esas alınamaz.

D- Müdafîin Dosya İnceleme Yetkisi

Müdafîi seçilen veya görevlendirilen kimse; şüpheliye veya sanığa hukuki yardımda bulunmak amacıyla, gerek soruşturma ve gerekse iddianamenin kabulü ile başlayan kovuşturma evresinde⁽³⁹⁾ istediği belgeleri inceleyebilir ve harç ödemedi örneklerini alabilir (CMK m.153/1 ve m.153/4). Ancak bu konuda kanun koyucu bir istisna getirerek, soruşturma evresinde, *yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hariç* (CMK m. 153/3), olmak kaydı ile müdafîin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasının kısıtlanabileceğini hükme bağlamıştır (CMK m.153/2).

Bu kısıtlama kararı dosyanın incelenmesi; soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Savcının istemi üzerine sulh ceza hâkiminin kararı ile olabilir. Bu karara karşı itiraz yolu açıktır (CMK.m.261,m.267, m.268-b,c)⁽⁴⁰⁾.

III- Müdafîinin Evrak İnceleme Yetkisi Üzerine

Bazı Düzenlemeler Hakkındaki Düşünceler

Müdafîinin evrak inceleme yetkisi hakkında bazı düzenlemelere değinmekte fayda vardır. Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin⁽⁴¹⁾ 45. maddesinin 2. fıkrasında şöyle denmektedir: “*Müdafî soruşturma evresinde soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz ederek soruşturma evrakı içeriğini inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı halinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir*”. Bu düzenleme tüm savcılık kalemlerinde cari olduğu için, kalem personeline uygulanabilecek konumdadır. Fakat

(39) Bu konu YGİY m.22/4 te şu şekilde düzenlenmiştir “Müdafî, Cumhuriyet başsavcılığınca iddianamenin mahkemeye verildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir. Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanırlar.

(40) Belirtilen haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanacaktır (CMK m.153/5).

(41) Resmi Gazete Tarihi: 01.06.2005 Resmi Gazete Sayısı: 25832

bu düzenleme; hem kendi içersinde çelişkili ve hem de “normlar hiyerarşisine” uymayan bir yapı arz etmektedir.

İlkin düzenlemede müdafinin görevlendirme yazısı veya vekâlet ibraz etmesi ile evrakları inceleyebileceğinden bahsedilmektedir. Bu ifade yanlıştır. Zira müdafilik bağı soruşturma sırasında zaten şüpheli veya sanığın “*avukat istiyorum*” veya benzeri bir isteği ile kurulmuş olmaktadır. Yani kişi örneğin kolluk ifadesinde avukat seçmiş veya kendisi için avukat görevlendirilmiş ise “*müdafilik bağı*” kurulmuştur. Yani seçilen avukat artık müdafii olmuştur. Dolayısı ile evrak inceleyecek müdafinin görevlendirme evrakı veya vekâlet ibraz gereği yoktur. Çünkü;

a) *Avukat seçme durumunda; şüpheli veya sanık arasında resmi makamlar huzurunda bir müdafilik ilişkisi kurulmuştur.*

b) *Avukat görevlendirilmesi ile de; nöbet sırasından gelen avukat ile şüpheli veya sanık arasında müdafilik ilişkisi oluşmuştur. Bunun için vekâlet veya görevlendirme kâğıdına gerek yoktur. Yani kişi müdafii ise hazırlık evrakını incelemesi, gizlilik kararı alınma durumu hariç, engellenemez.*

Bir başka açıdan bakıldığında ise; mezkûr yönetmeliğin müdafii deyişi ile “*şüpheli veya sanık ile müdafilik bağı bulunmayan avukatı kastettiği*” düşünülebilir. Ancak bu durumda da “*normlar hiyerarşisi*” açısından bir sorun çıkmaktadır. Çünkü mevcut düzenleme;

a) Avukatlık Yasasına açıkça aykırıdır. Zira Avukatlık Kanunun 46. maddesinde “*Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur.*” demek suretiyle Avukatın dava dosyalarını ve takip dosyalarını vekâletname ibraz etmeden inceleyebileceğini hüküm altına almıştır.

b) Ceza Muhakemesi Kanuna m.149/3’de aykırılık teşkil etmektedir. Zira bir avukat dosyayı incelemeyen hiçbir şüpheli veya sanığa, soruşturmanın veya kovuşturmanın hiçbir evresinde, hukuki yardımda bulunmaz. Bunun bir istinası olabilir, o da CMK m 153/2 ve 153/3’te düzenlenmiş “*gizlilik kararı*”dır. Bu konuya zaten yukarıda ayrıntılı biçimde değinilmiştir.

Şunu da belirtmemiz de fayda vardır ki mevcut düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/3-b,c ye aykırılığı da düşünülebilir. Zira, şüphelinin veya sanığın hukuki yardım almasını, bu konuda gerekli kolaylığın sağlanmasını ve ücretsiz avukattan yararlanabilme hakkını içermektedir. Bu düzenleme ile sanık veya şüpheli lehine bir kolaylık sağlanmadığı gibi, zaten baştan (kolluk evresinden) itibaren atanan müdafiden ayrıca görevlendirme kâğıdı istenmektedir.

Konu ilgili olarak belirttiğimiz gerekçeler, bu düzenlemenin yerinde bir düzenleme olmadığını, göstermektedir. Zira hem metnin kendi içersinde çelişkili durumu ve kanımızca açıkça bir üst norma aykırı oluşu ne-

deniyle, yeniden düzenlemelidir. Bu konuda uygulamada sorunlar çıkmaktadır.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin “Müdafin soruşturma evrakını İncelemesi” başlıklı 22. maddesine de değinmekte yarar vardır. Zira maddenin birinci fıkrasında “*Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekir*” demek, sureti ile soruşturma evresinde, müdafinin, kollukta bulunan evrakları incelemesi için “*Cumhuriyet Savcısının yazılı emri*” aranacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme de kanaatimizce uygun değildir. Zira yukarda da belirttiğimiz üzere bir avukat, müdafî olarak seçilmiş veya görevlendirilmiş ise, soruşturma evrakını her aşamada istediği gibi inceleyebilecektir. Bunun için Ceza Muhakemesi Kanunun 153/1 maddesinin açık hükmü gereğince bir izine veya “*yazılı bir emre*” gerek yoktur. Bunun tek istisnası Savcının talebi ile sulh hâkimi tarafından alınacak gizlilik kararı olabilir⁽⁴²⁾. Bir yönetmelik ile kanunen açıkça tanınan bir hak için kısıtlayıcı ve yeni bir yöntem ihdas edici şekilde düzenlemeye gitmek “**normlar hiyerarşisi**” açısından olanaksızdır⁽⁴³⁾.

SONUÇ

İç Hukuk uygulamamızda, yeni getirilen Ceza Muhakemesi Kanun ile “hukuki yardım” kapsamının genişletildiğini söylemek yerinde olacaktır. Zira Ülkemizdeki soruşturma sistemi gereğince fiilen kolluk aşamasına fazlalıkla başvurulmaktadır. Bu da beraberinde soruşturma aşamasında müdafii bulundurmaya gerektirmektedir⁽⁴⁴⁾. Böylece; işlemlerin hukuka aykırılığı hem engelleme hem de saptama olanağının artacağı kesindir.

Müdafiden hukuki yardım alma imkânın artırılması demek, şüpheli veya sanığa gerçekten bir hukuki yardım sağlanıyor, demek midir?

Bu sorunun gerçekten düşünülmesi gerekir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hukuki yardımın varlığından bahsedebilmek için, etkin olması gerekliliğine vurgu yapmaktadır. “*Şekli*” bir yardım soruşturma evresi için söz konusu olabilir. Zira avukat bu süreçte daha çok “*usul hukukuna tabi işlemler*” ile karşı karşıyadır. Bu konuda *Avrupa İnsan Mahkemesinin düşüncesi* de bu yöndedir. Nitekim bir kararında “*6. madde sanığın soruşturma aşamasındayken bir avukatın yardımından faydalanmasını gerektirir. Ancak Sözleşmede açık bir şekilde belirtilmeyen bu hak*

(42) Bu kararın alınması YGİY m.22/2 şu şekilde düzenlemiştir. “*Müdafin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir*”. YGİY m. 22/3 ise gizlilik kararı alınsa bile incelenebilecek evrakları şu şekilde belirmiştir. “*Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz*”

(43) Bkz: DEMİRTAŞ, Timur, “*Soruşturma Evresi*”, s.2882

(44) Yukarda belirttiğimiz üzere AİHM’ inde tutumu ve dileği bu yöndedir.

bir amaç doğrultusunda kısıtlanabilir. Çözülmesi gereken konu, getirilen kısıtlanmanın sanığı adil yargılanma hakkından mahrum edip etmediğidir(45)”. Bundan dolayı “yardımın etkin olmasından” bahsedebilmek için kovuşturma sırasında avukatın (müdafiin) tutumu ve yargılama sürecinde sanık lehine yürüttüğü faaliyetler ile bulunduğu katkılarının olması gerekmektedir.

Yani müdafî olarak görevlendirilen kimsenin duruşmalarını takip etmesi, usul yönünden itirazlarını yapması, kararı temyiz etmesi gibi “şekli” işlemlerin yanında, dava konusu olayda “etkin” rol oynayarak, esasa ilişkin olarak “gerçek” bir savunma yapması durumunda tam anlamıyla hukuki yardımdan bahsedilmiş olur. Aksi takdirde sanığın haklarını ve ya sanıkların haklarını savunmaktan söz etmek mümkün olmayacaktır. Konuya bu açıdan bakmak sanırım hem vicdanımızı rahatlatacak hem de toplumdaki güvenirliliğimizi arttıracaktır.

KAYNAKÇA

- AKKAYA, Abdullah, “İç Güvenlikte Bir Fransız Deneyimi Adli Polis Merkez Müdürlüğü Örneği”, http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/36/web/ceza_muhakemeleri_usulu_kanunu/abdullah_akkaya.htm. (erişim tarihi:10.08.2005)
- BIÇAK, Vahit, Avrupa Birliği İle İlişkilerin Hazırlık Soruşturmasına Etkisi http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/vahit_bicak/AB_ile_iliskiler.htm. (erişim tarihi: 12.09.2005)
- ÇULHA, Rıfat, “Avukatın Hazırlık Soruşturmasındaki Rolü”, IGUL Eğitim Programları, Yayın No: 4, İstanbul-2004, s.213-238)
- DEMİRBAŞ, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir-1996
- DEMİRBAŞ, Timur, “Soruşturma Evresinde Şüphelini İfadesinin Alınması ve Müdafilik” Legal Hukuk Dergisi, Yıl:3 Sayı:32 s.2871-2883
- MOLE, Nuala/ HARBY, Catharina, Adil Yargılanma Hakkı, Strasbourg-2001 (Çev: Adalet Bakanlığı, Ankara-2003), s. 55
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara-2002, s.271
- Türk Hukuk Lügatı, Ankara-1998
- WEISSBRODT, David, Fair Trials Manual, Amnesty International Publication-1998, (Çev: TAMER, A.Fadıl/ KAPLAN, Erol, İstanbul-2000)
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe/ GÜZEL, İdris, Kolluk Yetkileri, Güvenlik ve Hukuk, İstanbul-2004,
- İnternet Siteleri : www.echr.coe.int, www.istanbulbarosu.org.tr, www.yargitay.gov.tr



DOĞU AVRUPA'DA VE TÜRKİYE'DE DIŞ KAYNAK KULLANIMININ AVANTAJLARI VE SORUNLARI

Av. HAKAN HANLI

I. Genel Bakış : 'Dış Kaynak Kullanımı'

1. 'Dış Kaynak Kullanımı' nedir?

Dış kaynak kullanımı, işletme sürecinde günlük yönetim ve işlerin bir dış hizmet sağlayıcıya transferi ya da devri'dir. Böylelikle, müşteri kendi işlemlerinin tamamına uyan farklı bir işlem fonksiyonu sağlayan servis elde eder. Bazen ise, bu bilgi işlem gibi uzun zamandır, dikey olarak entegre edilmiş şirket tarafından gerçekleştirilen bir işlem'dir.

Günümüzde, dış kaynak kullanımı dikey olarak entegre edilmiş şirketin parçası olmayan, telekomünikasyon, web barındırma, ulaşım hizmetleri, lojistik ve ayarlanmış mesleklerde meslek hizmetleri gibi tüm hizmetleri kapsayan bir hizmet sektörü olarak tanımlanmaktadır.

Dış kaynak kullanımının iki temel şekli vardır: 'Klasik' ve 'Yeşil alan' dış kaynak kullanımı:

a. 'Klasik' dış kaynak kullanımı: Şirket çalışanları, şirkette aynı işleri yapmayı bırakırlar. Genellikle işler yapılmalı diye tanımlanır ve çalışanlar hizmet sağlayıcı tarafından tutulur. Örneğin, bilgi teknolojisinde dış kaynak kullanımı, bilgi merkezi ve şebekelerin yönetim sorumluluğunun devrini içerebilir (LAN, WAN, ve Telekomünikasyon). Olanakların yönetimi alanında ise ; mülkün yöneticisi gibi davranan kişiler, olanak yönetim şirketinin çalışanları olabilir.

b. 'Yeşil alan' ('Greenfield') dış kaynak kullanımı: Şirket hizmet sağlayıcı tarafından hiç bir çalışan tutulmadan işletme sürecini değiştirir. Örneğin şirket, yeni hizmetler sağlamak için kablolu uzaktan hesaplama gibi, önceleri içsel olarak daha önce yönetilmemiş bir başlangıç şirketi kiralayabilir.

2. Neden Dış Kaynak Kullanmalıyız ?

Bir çok neden dış kaynak kullanımıyla bağlantılıdır.

Dış kaynak kullanımı, dışarıdan bulunan bir çözümün hazır erişilebilirliği gibi aynı zamanda mevcut itirazlar ve sorunların önemine de dayanır.

Örneğin bilgi teknolojisi almak ve aşağıdaki haller gibi dış kaynak kullanımlı sonuç gerektiren bir ya da daha fazla durumu teşkil edebilir:

CEO bilgi teknolojisi bölümünden sorumlu olmayan ‘*rehine tutulmuş*’ olur.

Rakiplere kıyasla şirket teknolojideki değişikliklere ayak uyduramaz.
Yüksek stok masrafları.

Yüksek personel cirosu.

Bilgi teknolojisi bütçesi öngörülemez ya da bütçeye hasıl olunamaz.

Bilgi teknolojisi organizasyonu şirketin hedefini kritik başarı nedenlerini ve/veya kar hanesini sıkıca yakalamış değildir.

Bilgi teknolojisi organizasyonu içsel/dışsal müşterilere endüstrideki en iyi uygulamaları, işlemleri ve/veya hizmetleri sunmaz.

Bilgi teknolojisi stratejisi işletme stratejisi ile tutarlı değildir.

Bilgi teknolojisi yönetiminin büyük ölçüde kaybı.

Kaçırılan teslimat tarihleri.

Muhitte bir çok bilgi teknolojisi satıcısı/bilgi merkezi.

Temel işletme(ler)de yoğunlaşma gerekliliği.

Kazanç, büyüme, ve hissedar değeri artırma gerekliliği.

İşletme devamlılığı/kalkındırma planı bulunmaması.

Belgelenmiş, ölçülebilir ve/veya tekrarlanabilir hiç bir bilgi teknolojisi stratejisi bulunmaması.

E-İşletme (e-ticaret, e-tedarik) için hazırlıksız olmak

İç ve/veya dış liman müşteri hizmetleri.

Birleşme ve Devralma sonrası – fazla ya da yanlış eşleşmiş bilgi teknolojisi altyapısı.

Kaçak bilgi teknolojisi projeleri.

Benzer düşünceler dış kaynak kullanılabilecek diğer işletme süreçlerinde de göz önüne alınabilir.

3. Dış Kaynak Kullanımının Yararları

Dış kaynak kullanımı sorunları çözebilir, ama daha önemlisi;

Temel işletme üzerine yenilenmiş odak.

Bir uzmana güvenerek risklerin azaltılması.

Şirketin kültürü ya da deneyiminin önceden parçası olmayan gelişmiş işlemler yoluyla artmış müşteri memnuniyeti.

Çalışanları genel masraf olarak gören genel bir şirket yerine, onları gelir üretici olarak gören ve becerilerine dayandırılmış özel bir şirkette kariyer olanakları ile ödüllendirme gücü.

Proje artırma.

Hizmet geliştirmeler.

Becerileri yükseltme.

Becerileri akılda tutma.

Becerilere erişim.

Teknoloji katma.

Maliyet muhasebesi ve bir işletmedeki muhasebe ve performansın genel görünürlüğü.

Maliyet düşürme.

Finansal mühendislik yoluyla fiyatlardaki oynamaların yönetimi.

Aktif dönüştürme.

Sermaye yatırımının iptali.

gibi işletmenin saklı kalmış birçok yararlar sağlayabilir.

4. Neden ve Ne Zaman Dış Kaynak Kullanılmamalıdır?

Herkesin dış kaynak kullanımına dair bir tutumu vardır. 'Zahmetli' işi uzman olan üçüncü tarafa devretmek fikri hoşuna gidebilir. Böylelikle şirket, daha önemli olan, 'yüksek seviye' işi ile ilgilenebilir. Ancak 'zahmetli' işin nasıl yapıldığına dair kontrolü devretme fikri hoşunuza gitmeyebilir. Ve işinin farklı bir kültüre, işletme stratejisine, yönetim tarzına, teşvik edici plana ve kişisel kariyer politikasına sahip bir şirkete devri nedeniyle tehdit edilmiş gibi hissedebilirsiniz ('zahmetli' ya da 'yüksek seviye').

Yani, ya siz;

İdari olmayan görevleri yapan ('gerçek işi' yapan),

Satın alma bölümünde ya da idari bölümde çalışanlarını itina ile destekleyecek hizmetler almak, veya

Hangi tür hizmetlerde dış kaynak kullanımından yararlanılacağını bildiğiniz zaman bunları kılı kırk yararak yeniden tanımlayan bir yönetici memura karşı tutumunuz daha gerçekçi olur.

Her 'kural'da olduğu gibi, 'özel hallerde kurala uymamak' için iyi nedenler vardır.

II. İşletme Süreci Dış Kaynak Kullanımı ve Hukuki Sorunlar

İşletme süreci dış kaynak kullanımı, işletme sürecinde süregelen dış kaynak kullanımını sağlayan özel servis tedariki'dir. Bir başka ifadeyle, işletme süreci dış kaynak kullanımı, dış kaynak kullanımının iki türünden biri olarak, işletme ve onun fonksiyonel ünitelerini düzenleyen süreci ve aynı zamanda bunları hem yeniden yapılandırıp, hem de dış kaynak kullanan özel hizmet sağlayıcılarla çalışan süreci denetleyendir.

İşletme süreci dış kaynak kullanımı; sözleşme tasfiye etme, hizmet politikası, alacak yönetimi, insan kaynakları, finans ve muvafakat gibi

fonksiyonlarda, sorumluluğun tamamen dış kaynak şirketine devri'dir. Daha sonra dış kaynak kullanımı sağlayıcısı bu fonksiyonları kendi sisteminde, anlaşılan hizmetler için, garantili fiyat üzerinden ayarlar.

İşletme süreci dış kaynak kullanımında birbirinden farklı olarak ele alınması gereken bir çok konu vardır. Donanım, finans, insan kaynakları, teknoloji, güvenlik, müşteri ve tedarikçi ilişkileri, sözleşme görüşmeleri, vs. bunların başlıcaları'dır.

Diğer taraftan işletme süreci dış kaynak kullanımı sürerken, bazı kanuni sorunlar da ortaya çıkar:

1. Hukuki Sözleşme

Öncelikle her dış kaynak kullanımı anlaşması bir hukuki sözleşmeyi gerektirir. Hukuki sözleşme, iki tarafça paylaşılan hizmet ve sorumlulukların yasal parametrelerini belirtir.

Hukuki sözleşme, dış kaynak kullanımının amacına uygun olacak kadar esnek ve istenilmeyen olayları önleyecek kadar da katı olmalıdır. Bir çok müşteri şirket, standard sözleşme formuna sahip olmamasına rağmen, bir çok satıcı sahiptir. Katı bir sözleşme formatı olmadığı için taraflar müzakerelerde önemli ölçüde zaman kaybederler. Buna rağmen aynı zamanda iki tarafında kendilerine ait işletme stratejileri ve endişeleri müzakerelerle sonuca bağlanabilir.

Sözleşme maddelerinin amacı; işlemi ve tarafları, şartları, beklentileri, anlaşmazlık halinde ne yapılacağını, işlemleri ve prosedürleri, ilgili fikri mülkiyet sorunlarını, irtibata geçilecek kişileri, performans belirleme kriterlerini ve benzeri konuları kapsamalıdır.

2. Risk Yönetim Sistemi ve Sigorta Politikası

Bütün işletme süreci dış kaynak kullanımı programları insanlar, işlemler ve teknoloji üzerine kurulu olduğu için, şirketler potansiyel riski görmeli ve bir 'risk yönetim sistemi' geliştirmelidir.

Bir çok dış kaynak kullanımı sözleşmesi, hizmet sağlayıcının sigorta yaptırmasını şart koşar. Oysa ki, önemli olan asıl konu; şirketin, hizmet sağlayıcının performansından kaynaklanan kayıplar halinde, hizmet sağlayıcının sigorta politikasından yararlanıp yararlanamayacağıdır.

3. Fikri Mülkiyet & İtilaf Çözümü (Arabuluculuk ve Tahkim)

a. Fikri mülkiyet : Dış kaynak kullanımı sürecinde hizmet verilirken fikri mülkiyet sorunları da ortaya çıkan hukuki sorunlardandır. Dış kaynak kullanımı sürecinde hizmet verilirken, fikri mülkiyet sorunları da hukuki meseleler arasındadır. Bu alanda telif hakları, ticari marka, etik kurallar, patent ve ticari sırlar ile ilgili sorunlar yaşanabilir.

Telif hakları, iş olarak şekillendirilmiş her tür fikir ifadesi üzerinde mülkiyet oluşturmayı amaçlar ve bu mülkiyeti kanuni yollarla korumayı

sağlar. Burada şirket bilgilerini kullanan hizmet sağlayıcısının potansiyel sorunu kanuni yollarla çözülmelidir.

Dış kaynak kullanımı alanında, telif hakları sorunu ortak marka ya da birleşik pazarlama sözleşmelerinde görülür. Bir çok dış kaynak kullanımı sözleşmesi, hizmet sağlayıcının çalışanları ile şirket çalışanlarının birlikte çalışmasını öngörür. Bu da doğal olarak, hizmet sağlayıcının performansındaki bir hata şirketi de etkiler.

Devlet ile mucit arasındaki bir anlaşma olan patentin, dış kaynak kullanımındaki görünümü ticari işlem patenti'dir. Dış kaynak kullanımında neyin patent'e söz konusu olabileceği bile bir tartışma konusudur. Tarafların bunu aşması, yargısal yorum ile sağlanabilir. Ticari sırlar ise, her iki tarafında ilgisi ile alakalıdır ki, onlar da herhangi bir kanun dışı olayı engellemek için gizliliği paylaşırlar.

Günümüzde, işletme süreci dış kaynak kullanımı içeren hemen hemen her sözleşme üçüncü kişilerin fikri mülkiyet haklarını ihlal etmesi ihtimaline karşı tazminat maddesi içerir. Sözleşmenin başlangıç metninde tipik madde patent, telif hakkı, ticari marka ve ticari sırların ihlaline karşı her türlü tedbir alınır. Patent sahibinin haklarını korumakla ilgili herhangi bir sorunla karşılaşması halinde, dikkatli bir inceleme gerektiren uygun ve delil teşkil edecek maddeler zamanla eklenir. Avrupa ve Türk patent kanunları, patent hakkı ihlallerine karşı düzenli olarak yükümlülükler getirmektedir.

Diğer taraftan, patent hakkı sahibi ihlal davası açmadan önce, dikkatlice düşünmelidir. Harçlar yüksektir ve patent sahibinin ihlal davası karşı taraftan patentin iptali talebi gelmesine yol açacaktır. Sonuç olarak, ihlal davası ihlal eden taraf haricindeki diğer bütün tarafların telif hakkı sınırlarını tehlikeye atabilir.

b. İhtilaf Çözümü: Sözleşmeye hakkında herhangi bir anlaşmazlık halinde onu aşmak için çeşitli çözümler bulunabilir.

i. Arabuluculuk (Uzlaştırma): Öncelikle taraflar sorunu kendi aralarında tartışmayı ya da bir uzlaştırıcıdan yardım almayı tercih edebilir. Ancak bu çözümler bağlayıcı etkileri olmadığı için bazı hallerde yeterli olmayabilirler.

ii. Tahkim: Bir sonraki çözüm sözleşmeye tahkim maddesi koymaktır, bu son ve kesin çözüm yaratır. Öyle ki, sonuç kanuna göre hatalı da hi olsa, bu kararın mahkemece incelenmesi mümkün değildir.

iii. Hukuk Davası: Son olarak taraflar dış kaynak kullanımına karıştırmak istemedikleri kazançları olduğu hallerde hukuk davası yoluna başvurabilirler.

Yukarıda bahsettiklerimizin dışında insan kaynakları, personelin kazanılmış hakları, sözleşme türleri ve iflas gibi hukuki meselelerde vardır, ancak diğer tarafta da uluslararası dış kaynak kullanımı bulunur.

Buradaki sorun şudur; "Hukuki açıdan taraflar arasındaki farklar nelerdir?":

Sözleşme serbestisi ve kanunlar: İlk akla gelen "sözleşme serbestisi" olabilir". Çünkü bu, kanuna göre değişen bir konudur. Sonrasında işletme sürecinin iki farklı ülkede tanımlanması da hukuki bir tehlike oluşturabilir.

Çifte vergilendirme: Taraflar çifte vergilendirmeye ve her iki ülkenin de vergilerini göz önünde bulunduran bir vergi planı oluşturmaya dikkat etmelidir.

Diğer sorunlar: Her zaman için siyaset, seçimler, değişen hükümetler ve onların ideolojilerinden kaynaklanan ve yabancı yatırımları etkileyecek sorunlar ortaya çıkabilir.

4. Takım çalışması

Ekonomi kaynaklı sorunlar diğer ülkelere kıyasla Türkiye, ABD ve Avrupa ülkelerinde daha azdır.

Her iki ülkede de temel olanakların bulunması sürecin devam etmesi için gereken bir başka şarttır. Telekomünikasyon, taşıma ve depolama, bu alandaki başlıca öğelerdir. İzinler, lisanslar, fikri mülkiyetin korunması, bilgiler ve personel hakkında kısıtlamalar diğer tehlikeli unsurlardır. Bunları bertaraf etmek için, her iki ülkenin de Avukatları bir takım olarak birlikte çalışmalıdır.

Uzman kullanmak ve deneyimli kişilerle çalışmak, işletme sürecinde dış kaynak kullanımının yararları arasında gösterilebilir. Esasen uzmanlaşmış Avukatlık büroları ile çalışarak kendi esas işlerine yoğunlaşabilir ve diğer Avukatlık büroları deneyimlerine dayanarak kendi işlerinde başarılı olabilirler. Bu onarma etkisi, asıl Avukatlık bürosunun ek kaynaklara, yeniden yapılandırma gayretine, gelişmiş teknolojiye ve içsel kaynaklarının değişimine yol açar ve ana-para harcamak yerine, aylık ödemeler yapmasını sağlar.

Ayrıca, kültürlerarası köprü kurmak da daha çok iş imkanı oluşturmaksuretiyle, ekonomik olarak gelişmiş ülkere gösterilen tepkiye son verebilir. Ancak offshore (kıyı) ülkelerde daha fazla iş imkanı bulunması, esas ülkede 'iş kaybı' anlamına gelmez. Çünkü uzun vadede iki tarafta bunun faydalarını görecektir.

III. Küresel Dış Kaynak Kullanımı: 'İtirazlar'

1. Küresel İşbirliği ve 'Yeni İş Yaratılışı'

İşletme süreci dış kaynak kullanımı, dünyanın çeşitli yerlerinde uygulanır ve oralarda ekonomik ve hukuki bağlar tesis edilir. Amerika ve Hindistan'ın Çin'deki girişimi örnek olarak verilebilir.

Örneğimizde Amerika ve Hindistan, Çin yazılım endüstrisini geliştirmek için stratejik ortak olmuşlardır ve uygulanan yöntem Amerika'da ve Hindistan'da bulunanlardan etkilenilerek geliştirilmiştir. Çin'in büyüyen yazılım endüstrisine model yaratma amacıyla, yabancı stratejik ortak arayışı sırasında, teknolojik vaatler, yatırımlar ve hukuki hareketlerden etkilenmiştir.

Sponsorlar ve devlet birbirleri ile ilişki içerisinde idiler. Şöyle ki; Sino-India İşbirliği Ofisi ve Çin Halk Cumhuriyeti Ulusal Gelişim ve Islah Komisyonu iki sponsor taraftı. Diğer taraftan yardımlar genellikle, TATA Danışmanlık Hizmetleri ve Microsoft gibi yardımcı kuruluşlardan gelmekteydi. Taraflar, bu bilgileri medyaya açıklasa da, ödemeler gibi açıklanmayan kısımlar spekülasyonlara yol açmıştı.

Bahsi geçen bilgi teknolojisi dış kaynak kullanımı süregelirken, hukuki ve ekonomik geliştirme ihtiyacı duyuldu. Bu olayda ki gibi, bir uluslararası dış kaynak kullanımları kesin çözümlere ihtiyaç duyar, bu halde de öncelikle yapılması gereken; müşteri şirketin hukuki açıdan hala sorumlu olup olmadığı konusudur.

Dış kaynak kullanımı işletme sürecinin işlemlerinin ve günlük yönetiminin kendinden başka bir varlığa bırakılması demek iken, kanunlar esas şirketi hala sorumlu tutabilir mi? Bazen bu sözleşmenin içeriğindedir ve bunun birden çok ülkede etkili olması sebebiyle bu tarz bir çelişki (paradox) oluşabilir. Burada kanuni sorumluluk vergilendirme, masraflar, işçi transferi ve fikri mülkiyet haklarının kullanımı gibi konuları kapsar.

2. Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali

Sayın Adrew Carnegie (1800'lerde U.S. Steel'in kurucusu) "Bir organizasyon işleminin, yeri değiştirilemeyecek tek sermayesi bilgi ve insanların kabiliyetidir" diyor. Sermayenin verimliliği de; insanların yeteneklerini, o'nu kullanabilecek insanlarla paylaşmalarına bağlıdır.

Fikri mülkiyet haklarının ihlali de, ortaya çıkan önemli bir hukuki meseledir. ABD ve Avrupa Birliği ilgili Komisyonları, özellikle yazılım, müzik ve bilgi teknolojisi hizmetleri gibi fikri mülkiyetin korunmasını ihlal eden ürünlerin satışını yakından izlemektedir. ABD ve Avrupa Birliği Komisyonlarının hareketleri; Çin hükümetini, yeni ve daha katı kurallar koymaya ve böylelikle Çin'in de yardımıyla kanun-dışı etkinlikleri engellemeye yönelikti.

Sonuç olarak, kanun tasarısı hukuki sorunlara cevap vermekte eksikti. Bunun sebebi ise, sınırlı bir amacı olması ve müşteri şirket ile Çin'de görev yapan hizmet sağlayıcının ihtiyaçlarına karşılık verememesiydi.

3. Yasal Eksiklik, Risk ve Çözüm

a. Finansal Suçlar ve Müşteri Şirketin Korunmasının İhlali: Dış kaynak kullanımı destekleyicileri kendi fikirlerini ortaya koyarken, onla-

ra karşı görüşler de ortaya çıkmaktadır. Karşıt görüşün ilk iddiası; dış kaynak kullanımının riskli oluşudur. Onlara göre, bazı işlemlerin ve bilgilerin başka bir varlığa devri, kontrolü kaybetmek demektir. Daha sonra ise, finansal suçları ve müşteri şirketin korunmasının ihlalinin önüne sürerler.

2005 yılında Hindistan'da yaşanan bazı işletme süreci dış kaynak kullanımı işçilerinin kanun dışı para transferi sebebiyle tutklanması karşıt görüşü savunanlar için yeterli olmuştur.

b. Hukuki eksiklik: Bu husus, iş dünyasında büyük bir etki yarattı ve yapılacak tek şey derhal müdahale etmektir. Bu aşamada, müşteriler hukuki eksiklikle yüzleştiler. Hint hukuk sistemi sorunlara cevap vermekte çok yavaştı. Ancak katı kurallara ve hızlı düzenlemelere ihtiyaç duyuluyordu. Uzmanlara göre bu olay endüstrideki diğer elemanlara kanun dışı hareket etmenin ne gibi sonuçlara yol açacağını göstermişti. Böylelikle, işverenler de elemanlarının geçmişi konusunda daha dikkatli olmaya yöneldiler.

c. Gizli maliyet: Dış kaynak kullanımının riski; müşteri ve tedarikçinin işçilerinin suistimali ile bitmiyor. Uzmanlara göre, maliyet düşürme fikri de bir hata, işverenler gizli maliyeti gözönünde tutmuyor. Ayrıca uzmanlarla çalışmak sanıldığı kadar iyi bir fikir olmayabilir. Şirket içi faaliyetleri ayırmak, işletme bilgisi ve pratik kaybına yol açabilir. Ayrıca uzmanlaşma direk olarak zarar vermese de, bilginin transferi dolaylı bir şekilde zaman ve para kaybına yol açabilir.

d. Şeffaflık ve şirketlerin gizliliği: Dış kaynak kullanımda, iki tarafında kilit personele ihtiyaç duyması ve onların eğitim ihtiyacı bir kayıp olarak görülebilir. Bu risklerin dış kaynak kullanımı sürecinde, hiçbir etkisi olmadığını düşünsek bile, sağlayıcın muhtemel yanılması ya da amaçtan uzaklaşması geri dönülmesi mümkün olmayan sonuçlara da yol açabilir.

Hukuki alanda şeffaflık ve şirketlerin gizliliği arasındaki denge dikkatlice düzenlenmelidir. Müşteri şirket hizmet sağlayıcının hukuki gereksinimleri ya da özel düzenlemelerin uygulanması hakkındaki ilgisine önem vermelidir. Bu açıdan, şirketler dış kaynak kullanımı işlemine başlamadan önce hizmet sağlayıcının ülkesinde geçerli olan mevzuatı incelemeyi isteyebilir.

Aşağıda listelenenler hizmet sağlayıcının amacına göre şirketlerin ve Avukatlarının kritik nokta olarak değerlendirebileceği bazı hususlardır:

Müşterilerin, bilgilerin teşhir edildiği ve risk altında olduklarına dair bilgilendirilmesi,

Müşterinin bilgiye kolay ve kapsamlı ulaşımı,

Sosyal güvenlik numaralarının ve diğer kişisel tanımlama bilgilerinin kişinin rızası olmadan teşhiri, satımı ya da alımında yasaklanması,

Müşterilere kendi bilgileri ve diğer bilgi pratiklerini satış ya da ifşada sınırlandırma fırsatına sahip olduğu gizlilik tutumu kurallarını da dahil ederek gizlilik ihbarı ile ilgili kuralların,

Bilgi simsarı tarafından elde edilen bütün kişisel bilgilerin ifşasını elde etmek için kişisel haklar ve simsardan kişisel teşhis bilgisi edinmiş her varlığın kimliğinden haberdar edilmesi.

f. Yazılım lisanslar: Başka bir problemli örnek ise, yazılım lisanslarına ilişkindir, çünkü bazı müşterilerin dış kaynak kullanımında, hizmetlerinin geçerli yazılım lisansı bulunmaması, hizmet sağlayıcılar için sorun yaratır. Çoğunlukla insanlar yazılım lisansının bir tür telif hakkı, yani hukuki korumaya sahip olduğunu unutur. Uzmanlara göre ise, burada büyüyen asıl sorun olarak, tarafların lisansın içeriği ile sözleşmenin içeriği arasındaki ilişkiyi önemsememesinden kaynaklanmaktadır.

g. Çözüm: Bu riskleri en aza indirmek için, iki tarafında bir dış kaynak kullanımı Avukatına ihtiyacı vardır. Dış kaynak kullanımı, Avukatı işletme sürecini tanımlar, sözleşmeyi hukuk sistemi(leri)ne göre inceler. Amacı, stratejiyi ve işlemleri belirler.

Avukat, iki tarafı da düşünmeli ve tarafsız olmalıdır. Risk yönetimi, bilgi güvenliği ve sözleşme müzakeresi, Avukat tarafından ele alınacak ilk konular olabilir. Kaynak kullanımı sözleşmesi, iki tarafı ortak bir noktada Avukat bulundurmadan bir araya getirmek demekse de, taraflar gizli riskleri aşmada zorlanabilir. Avukat sözleşmenin standartlaştırılması ile ilgilenip, bütün detaylı meseleleri ele alabilir ve yeniden müzakere yoluyla durumu kontrol edebilir.

e. Hizmet sağlayıcıların sorumluluğu: Bir borçlu hesabının bilgi işlem sürecinde, hizmet sağlayıcı, müşterinin şirket tarafından hukuki açıdan korunan iş ilişkileri ile alakalı kredisine malolabilecek bir hata yapması örneğinde olduğu gibi, potansiyel olarak şirketin müşterilerine zarar verebilir.

Böyle bir durumda, taraflar arasındaki temsil yetkisine dayanarak hizmet sağlayıcının sorumluluğunun şirkete yüklenip yüklenemeyeceğinin bilinmesi çok önemlidir. Bu yüzden üçüncü kişilerin haklarının ihlali durumunda, sorumluluğun hizmet sağlayıcı ve şirket arasında dağıtılması gibi haller için dış kaynak kullanımı sözleşmesi dikkatlice tasarlanmalıdır. Şirket ile hizmet sağlayıcının sorumlulukları açık bir şekilde belirtilmelidir.

IV. Doğu Avrupa Ülkelerinde Dış Kaynak Kullanımı: 'İtirazlar ve Yararları'

1. Genel Bakış

Avrupa 2004 yılında dış kaynak kullanımından ve özellikle işletme süreci dış kaynak kullanımından önemli ölçüde yararlandı. Önceleri, Av-

rupa'nın dış kaynak kullanım piyasası Amerika'nın 2002'de sahip olduğunun beşte biri (1/5), 2004 ten beri trans-atlantik ortağına eşit idi.

Kültürel eğilimler, masraf, saat dilimi, dil, güçlü teknik imkanlar ve en kısa bilgi düzenleyici meseleler bu ülkeleri işletme süreci, dış kaynak kullanımı ve bilgi teknolojisi hizmetleri geri gönderimi ya da dış kaynak kullanımı için, buraları tercih edilen yerler yaptı.

Diğer bir önemli özellik ise; matematik, mantık, bilim ve teknoloji hakkında derin bilgilere sahip yetenekli insan kaynağına sahip olmasıdır.

Doğu Avrupa'daki düşük maliyetler, dış kaynak kullanımı için önemli bir sebep olsa da tek sebep değildir. İstikrarlı politika, etkin telekomünikasyon hizmetleri, düzenli hava hizmetleri ve dil becerilerine sahip eğitimli elemanlar tarafından hizmet edilmesi de, Doğu Avrupa'nın tercih edilmesindeki diğer sebeplerdir.

2. Doğu Avrupa'da Dış Kaynak Kullanımı Bilgi Teknolojisinin Avantaj ve Dezavantajları

a. Avantajları:

Kaynakların bulunması: Doğu Avrupa yazılım geliştirici değerli kaynaklara sahiptir. Burada yüksek öğretim kurumları ve üniversitelerden bilgi teknolojisi ve ilgili alanlarla mühendislik alanında binlerce öğrenci mezun olmaktadır.

Maliyet: İleriye bakmak gerekse de, Doğu Avrupa tercih ettikleri ek konulara ilişkin bilgi teknolojisi kaynakları, maliyet faktörleri, her şirket için dış kaynak kullanımı sürecinde kilit faktördür. Yazılım gelişiminin maliyeti bir çok faktöre dayanır: gereken beceriler, projenin boyutu, coğrafi yerleşim ve sağlayıcının tecrübesi, garanti edilen iş gücü ve diğer faktörler. Buna göre, saat ücretleri 10 Eurodan (nadiren) 40-50 Euroya kadar değişebilir.

Teknik üstünlük: Doğu Avrupa programcıları beyin göçü için ve günümüzde gereken bütün teknik becerilere sahipler. Doğu Avrupa'da bütün dünyada bulunan en son teknik literatür İngilizce ve yerel lisanda bulunmaktadır.

Güçlü Temel Eğitim: Çelişkili görünebilir ama, Doğu Avrupalı programcıların en büyük avantajlarının genellikle eğitimli programcıları olmaları olduğu da söylenir. Genellikle, bir Doğu Avrupa programcısı matematik, fizik ve diğer dallarda sıkı bir eğitim alır, daha sonra bilgisayara döner ve iş aramaya başlar.

Avrupa Kültürü: Günümüzün genç ve orta yaşlı yöneticileri ve yüksek teknoloji şirketlerinde çalışan uzmanlar Avrupalı meslektaşları ile aynı ya da daha yüksek bir seviyede eğitim, İngilizce ve motivasyona sahipler.

Yer: Doğu Avrupa'nın sermayecilerine ulaşmak Paris ya da Berlin'den 1-3 saat, ABD'den ise 8 saat surer. Kıyı (offshore) yazılım gelişimi, şirketleri genellikle saat farkını halletmek için Avrupalı ve hatta Amerikalı müşterileriyle çalışma saatlerini ayarlayarak, bu karşılıklı sözleşmede maximum kazancı sağlarlar.

Avrupa Milletlerine üyeleri, üye olacakları ve yakında katılması beklenenler için, Doğu Avrupa aynı zamanda Avrupa Birliği'ndeki iş canlılığına bir çıkıştır.

Büyük Potansiyel: Yukarıdaki bütün faktörler, Doğu Avrupa yazılım dış kaynak kullanımı endüstrisinin dünya çapında bilgi teknolojisi sektörü ile birleşmesine katkıda bulunmaktadır. Doğu Avrupa ülkelerini terk edip yabancı ülkelerde çalışan uzmanlar, bu yeni bilgi teknolojisi endüstrisi için gereken piyasadaki değerli tecrübeleri, satışlar ve iş bağlantıları ile geri dönmeye başladılar.

b. Dezavantajları

Bütün gelişmekte olan yeni endüstriler gibi Doğu Avrupa kıyı (offshore) yazılım gelişimi endüstrisi de bir çok kusura sahip. Endüstri sektöründe çalışanlar, onları hemen fark eder ve onlarla mücadele eder.

Bu dezavantajlar gerçek ya da sadece öngörölmüş olabilir. Ama, bunlar Doğu Avrupa ülkelerini, dış kaynak kullanımı için tercih edilmekten alıkoyuyorlar.

Yazılım gelişiminde yüksek seviye yöneticilerin eksikliği: Bazı sağlayıcılar 10 yıl ya da daha fazla süredir bu piyasada çalışsalar da endüstri eğitim standartlarının şekillendirilmesiyle ilgilenmedi. Yakın zamana kadar, endüstri yerel piyasada önemsiz tasdiklerden hoşlanıyordu ve ilgili yöneticileri diğer alanlardan çekemiyordu.

Hukuki mücadeleler: Genelde Doğu Avrupa endüstrisini bekleyen orada iş yapmayı düşünen herkesin duyduğu bir çok mesele var. Bunlar fikri mülkiyet hakları, ithalat ihracat, iş hukuku ve diğer kanunlar ile şirket muhasebesini kapsar.

Dil engeli: İngilizce bilgisi orta ve yüksek seviyeli yönetim için çok önemli bir meseledir. Her geliştiricinin İngilizce okumayı bildikten sonar, konuşmayı da bilmesi gerekli değildir. Doğu Avrupa'nın küresel ekonomiyile bütünleşmesine izin vermek, İngilizce yazan ve konuşan programcıların uygun şekilde arzı konusunda umut yaratmaktadır.

Genel endüstri deneyimsizliği: Her ne kadar Doğu Avrupa'nın ön- de gelen şirketleri 10 senedir var olsa da, endüstri halen çok gençtir. Elbetteki bu husus, hem avantajlar hem de dezavantajlar doğurur. Dış kaynak kullanımı sektörünün küçük, ama Doğu Avrupa bilgi teknolojisi endüstrisinin kalanı ile rekabet içerisinde olduğundan bilgi teknolojisinin dışında ödeme, kariyer fırsatları, iş ve sosyal güvence ile ilgili bahsetmeden, iyinin en iyisi olarak çekici hale geliyor. Bu durum bedava kaynak-

lar devamlı olduğu sürece devam edecek. Hintli şirketler, aksine yeni kalifiye personeli çekerken sorunlarla karşılaşmaya başladı. Başka bir olumlu etkisi de, Doğu Avrupa'nın müşterileri çekerken çok daha esnek olmasıdır. Onlar lider olmaya ve kendilerini kanıtlamaya çalışırlar.

Diğer taraftan endüstri birlikleri, güçlü lobi ve sertifikalandırma otoriteleri gibi endüstrinin durumunu güçlendiren enstrümanlar eksik. Ama endüstri her geçen gün hızla büyüyor ve iyileşiyor.

20 yıl önce Hindistan bugün ki gibi Doğu Avrupa ile rekabet edebilecek halde değildi. Ama Doğu Avrupalılar bilgi teknolojisi alanında hak ettikleri yere ulaşmak için çalışıyorlar.

İngilizce engeline rağmen (Slovenya, Romanya, Çek Cumhuriyeti, Polonya ve Rusya'nın bazı bölgelerinde ki kadar kolay anlaşılır olmasa da) eski Sovyet Rusya ve Doğu Avrupa yaklaşık 2,5 milyar Euro'luk küresel dış kaynak kullanımının 6-8%lik piyasa hissesine sahipler. 2006-2007 yıllarında bu sayının 12-16% dolaylarında olması öngörülüyor.

Böylece, bu piyasada bir Greenfield başlangıç ya da bir devralma / satın alma yoluyla varolmaya başlamanın stratejik olarak, hem küresel dış kaynak kullanımı satıcıları ve hem de müşteriler için önemli olduğu düşünülür.

VI. Türkiye'de Dış Kaynak Kullanımı

Son üç yılda, dış kaynak kullanımı alanında Türkiye'de de önemli gelişmeler oldu. Türkiye'de (geneli İstanbul'da olmak üzere) 200 kadar merkez-işyeri- sahibi bir düzine kadar dış kaynak kullanım şirketi vardır.

1. Kıyı (Offshore) Dış Kaynak Kullanımına Bakış Açısı

Yerel şirketlerden yükseler taleplere rağmen, Türkiye Pan Avrupa tekliflerine merkez olabilmek için mükemmel fırsatlar sunmaktadır.

2003 süresince iki büyük olay, Türkiye'nin Almanca konuşulan ülkelerin "arka bahçesi" olduğunu kesinlikle kanıtladı.

İlk gelişme Siemens İşletme Hizmetlerinin en büyük müşterilerine İstanbul'daki merkezlerinden hizmet vermeyi karar vermesiydi. İkinci gelişme ise, Lufthansa'nın müşterilerine Almanca hizmet vermek için İstanbul'da merkez açmasıyla yaşandı.

Daha sonraları, Türkiye'de bulunan bazı Çağrı Merkezleri (Call Centers) dış kaynak kullanımı şirketleri bu fırsatları kullandılar ve Avrupa'ya açıldılar. Müşteri Yönetim Merkezi bu arama şirketlerinin önde gelenlerindendir ve özellikle Almanya'da aktiftir.

Türkiye Pan-Avrupa çağrılarıyla başatmak için önemli güce sahiptir. Bazıları:

Bol ve ucuz iş gücü

Önemli ölçüde, akıcı Almanca konuşabilen, kalifiye kişi bulunması

Düşük eleman devri

Dinamik ve pratik kültür, “yapabilirim” alışkanlığı

Çağrı merkezlerinde çalışmaya duyulan genel ilgi

Esnek iş kanunları (örneğin telefonları dinleyebilir ve izleyebilirsiniz)

Kaliteli hisse senedi arzı bulunması

Düşük kurulum ve işlem maliyeti

Avrupa'ya yakınlık

Tabi Türkiye'ninde bu alanda eksiklikleri vardır. Bunlar:

Çağrı merkezi sektörü tam anlamıyla tanınmamış ve devlet tarafından desteklenmemiştir.

Telekom özelleştirilmiş ve şimdi sınırlayıcı şartlar ortadan kaldırılmıştır. Çağrı merkezlerine özgü hizmetler sınırlı olmasına rağmen gelişmektedir.

Çağrı merkezi endüstrisi halen gelişmektedir, çağrı merkezi yönetim bilgisi bazı Avrupa ülkelerine göre daha az gelişmiştir.

Eğer kıyı (offshore) durumu, Almanya tarafından özellikle incelendiyse, aşağıdaki fırsatlar ortaya çıkar:

Türk Telekom 1 Ocak 2004'de daha rekabetçi fiyatlar ve esnekliğe kısıtlayıcı şartları kaldırarak sahip olmuştur.

Maliyet baskılarından dolayı Almanya dahil olmak üzere Avrupa ülkelerinde offshore'a gitme eğilimi vardır.

Almanlar ve Türkler yaklaşık 50 yıldır birlikte yaşıyorlar ve dolayısıyla birbirlerinin kültürlerini tanıyorlar. Almanları, geri-dönen Türklerin dil yetenekleri hakkında ikna etmeye gerek yok.

Yaklaşık 2.5 milyon Türk, hala Almanya'da yaşamaktadır. Büyüyen Alman şirket sayısı bu etnik grubu bir fırsat olarak görür, şeklinde özetlenebilir.

Türkiye'de bir çok dil sunma imkanının yanı sıra, Almanca bilenlerin çokluğu ve Almanya'ya kıyasla düşük işlem fiyatı göz önünde tutularak, öncelik Almanca olmalı.

Fransa ve Hollanda da, Türklerin yoğun bulunduğu diğer iki ülkedir. Fransızca ile Felemenkçe İngilizceyi takip eden diğer dillerdir. Yakınlığa dayanarak Rusça, Lehçe ve Rumca da İstanbul'dan desteklenebilir.

2. Türkiye'nin Müşteri Hizmetleri Teklifleri

Türkiye'nin birçok teklifi vardır. Dünyaca meşhur Türk misafirperverliği ve “yapabilirim” alışkanlığı ile birleşince müşteriler en iyi hizmete sahip olurlar.

Almanya'nın haricinde en iyi ve düzgün aksan Türkiye'de bulunur. Türkiye'de Almanya'da doğmuş ya da yaşamış bir çok genç bulunmakta-

dır. Bu kişiler Avrupa'ya oranla düşük maaşlarla çağrı merkezlerinde çalışmayı bekliyorlar.

Söylemeye gerek yok, telekomünikasyon sektörünün kısıtlayıcı şartlarından kurtulmasından sonra bir çok şey değişecek. Fiyatlar düşse de özel tarifeler ve/veya hizmetler sunulacak, çağrı merkezlerinin özelleştirilmenin faydalarını görmeleri yine de biraz zaman alacak.

Türk dış kaynak kullanımı, şirketleri turizm endüstrisinden örnekleri hatırlamalı- şirketlerin fiyat savaşından yararlanmaları ya da sağlıklı bir gelecek için sözleri.

Türk hükümeti çağrı merkezi işletmesini anlamalı, offshore çağrı merkezi ne demek ve ülkeye yararları nedir bilmelidir. Endüstriyi uluslararası alanda tanıtmaya yardım etmeli, çağrı merkezi şirketlerine gereken altyapı ve desteği sağlamalıdır.

Hindistan, Filipinler İngilizce, Meksika İspanyolca, Fas Fransızca vs. yapıyorlar. Türkiye öncelikle Almanca'ya yönelmeli. Yetenekli ve akıcı insanları, pozitif müşteri hizmetleri, tercih edilebilir fiyat teklifleri ile Türkiye-Alman ilişkilerini elde tutmak için güçlü bir adaydır.

V. Sonuç: *'Dış Kaynak Kullanımı Ciddi Bir Hukuki İşlem'dir'*

Nihayetinde, hiçbir dış kaynak kullanımı sözleşmesi sonsuza dek sürmez, dış kaynak kullanımı karmaşık ve acaip bir iş'tir ve sonlandırılması gerekir.

Sonlandırma gibi bir durumda 3 seçenek vardır:

Birincisi; herşeyi olduğu gibi bırakmak, böylece iki tarafta devam etmeyi ve yararlarını görmeyi bekler. Bu durumda taraflar finansal ve personele ilişkin konuları da düşünmelidir. Bu durumda amaçta biraz değişiklik kabul edilebilir.

Aşağıda dış kaynak kullanılmalı mı ve ne kadar kullanılmalı ile ilgili bazı işletmeye ve hukuka dair faktörler sayılmıştır:

- a.** maliyet tasarrufu (yapılan maliyet analizlerine dayanılarak),
- b.** harcamalardan kaçınma,
- c.** hizmet sağlayıcının kapasitesi ve itibarı,
- d.** finansal analiz ve ilgili müşterinin süregelen bütün masraflarında fiyat düzeltmesi
- e.** amaç, süre, zaman, fikri mülkiyet, gelecek fiyatlandırma ve gelecek hizmetlerde esneklik,
- f.** bazı hizmetleri sağlayıcıya devretmenin ekonomik riskleri ile ilgili şirket tarafından belirtilecek özellikli tavsiyeler,
- g.** düzenleyici tavsiyeler,
- h.** dış kaynak kullanımının iç kaynak kullanılan ya da dış kaynak kullanılmış, ya da her ikisi, diğer işletme süreçleri ile bütünleşmesi, ve bu

dış kaynak kullanımı sözleşmelerinin birleşme, devralma, iflas yeniden düzenlemesi, stratejik anlaşmalar, ortak teşebbüsler ve diğer özel durumlardaki gibi altyapı stratejileri ile ilişkisi

İkinci çözüm sözleşmeyi gözden geçirmektir. Amaç değiştiğinde ve finansal çözümler yeniden planlanmak gerektiğinde bu fikir göz önüne alınabilir.

Üçüncüsü ise, geri-kaynak kullanımıdır; 'bu kesinlikle memnun olmadığınızı gösterir'. Müşteri şirket içsel olarak hizmet sağlayıcının fonksiyonlarını tamamlarsa ya da dış kaynak kullanımını seçilmiş olarak terk ederek yeniden yapılanmaya giderse.

Ezcümle, işletme süreci dış kaynak kullanımı işlemlerin, işletme fonksiyonlarının ve sorumluluğun bir dış varlığa devri demekse de, hukuk ve yargılama ile de yakından ilgilidir. Müşteriler ve hizmet sağlayıcılar, bunu finansal bir meseleden çok ciddi bir hukuki işlem olarak görmelidir.



ULUSLARASI TİCARETTE AKREDİTİF VE BELGE KARŞILIĞI ÖDEME

Av. MUSTAFA CEM YENİARAS

Giriş

Küreselleşmenin etkilerinin her alanda gittikçe daha belirgin olarak görüldüğü günümüzde, ticarî ilişkiler de bu akımdan nasibini almaktadır. Önceleri ülke içinde yoğunlaşan ticarî ilişkiler, gerek taşıma yöntemlerinin gelişmesi ve olanakların artmasıyla gerek milletlerarası iletişim olanaklarının emsali görülmemiş biçimde genişlemesiyle tüm dünyaya yayılmaktadır. Artık uluslararası alanda rekabet ve ticaret büyük firmaların tekelinden çıkmış, orta büyüklükteki işletmeler için dahi yabancı pazarlara açılmak kaçınılmaz bir süreç halini almıştır.

Bu koşullar altında uluslararası ticarete farklı kültürel, sosyal ve ekonomik yapılardan gelen aktörler, çok çeşitli alanlarda karşılıklı ticarî ilişkilere girmekte, bu ilişkiler zaman zaman kişiler arasındaki farklılıklar, bazen de uzakta olmanın verdiği rahatlık ve kötü niyet sebebiyle uyuşmazlıklara sahne olmaktadır. İşte uluslararası platformda ticarî sözleşmelerden doğan edimlerin karşılıklı iyi niyet çerçevesinde hukuka ve ahlaka uygun biçimde ifası, bu geniş alanda düzenlemeler yapılmasına bağlıdır.

Ticaretin en önemli unsuru olan para akışını düzenleyebilmek, ödemelerin karşılığını teşkil eden edimlerin de eşzamanlı olarak ifa edilmesini temin etmek amacıyla MTO nezdinde düzenlemeler yapılmış, ödeme yöntemlerinin yeknesaklaştırılması için çalışmalar hayata geçirilmiştir. İşte bu çalışmanın amacı, uluslararası ticarete kullanılan ödeme şekillerinden akreditif ve belge (*vesaik*) karşılığı ödeme kurumlarını, uygulama ve mahkeme kararlarından da örnekler vererek incelemektir. Özellikle akreditif konusunda öğretilen ileri sürülen düşüncelerin tamamını bu çalışmaya sığdırmak gibi bir gaye içine girilmeden konunun ana hatları çizildikten sonra tarafların borçları, uygulamada görülen akreditif türleri gibi hususlar irdelenmiştir. Belge (*vesaik*) mukabili ödeme konusunda ise, Türk öğretisinde hemen hemen hiçbir teknik-hukukî kaynak bulunma-

masına karşın konu MTO'nun kuralları ışığında incelenerek bir bakış açısı kazandırılmaya uğraşılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

AKREDİTİF

I. Akreditif Hakkında Genel Bilgiler

A. Akreditifin Tarihi Gelişimi

Akreditifin tarihi gelişimini açıklamak için temel olarak iki yöntem kullanıldığı söylenebilir: Bunlardan ilki, akreditifi bir bankacılık işlemi olarak ele alıp, banka hukuku içindeki gelişimini izlemektir; Anglo-Amerikan hukukçularının tercih ettiği bu yöntemin yanında, ikinci yöntem olarak doğrudan *Milletlerarası Ticaret Odası*'nın akreditife ilişkin kabul ettiği kuralların tarihsel gelişimi incelenmektedir⁽¹⁾. Türk hukukunda da ikinci yönteme uygun olarak akreditifin gelişimi genellikle MTO kurallarının gelişimine paralel olarak incelenmiştir⁽²⁾.

Akreditif, tarihte ilk olarak, uluslararası ticaretin günümüzdeki karmaşık ve uzmanlık gerektiren yapısının zorunlu kıldığı şekilde olmasa da, Antik Çağ'da *trapezitai* denen bankerler arasında uygulama alanı bulmuştur⁽³⁾. Uluslararası ticaretin önem kazanması ve ödeme ile ifa arasındaki irtibatın sağlanmasının gerekliliği karşısında akreditif, daha çok lokal pazarlarda faaliyet gösteren bankerlerin yerini uluslararası teamül ve kuralların almasıyla, uluslararası ticarete önemli bir ödeme aracı olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle 19.yy'da sanayileşme, uluslararası ticaretin belirgin biçimde gelişmesi, taşıma yöntemlerinde meydana gelen değişim gibi etkenlerle akreditif, bir ödeme aracı olarak 19.yy'ın getirdiği bir yeniliktir⁽⁴⁾. Ancak akreditifin uluslararası planda öneminin artması ve küresel anlamda kabul gören bir ödeme aracı olması, I. ve II. Dünya Savaşları ile gerçekleşmiştir⁽⁵⁾.

- (1) GÖĞER Erdoğan, *Akreditif Muamelesi ve Hukuki Mahiyeti*, Bthae Yayınları, 2. bası, Ankara 1980, s.33
- (2) AYDOS Oğuz Sadık, *Akreditif*, Turhan Kitabevi 2000, s.14; EKİCİ Akın, *Milletlerarası Ticaret Odası'nın Akreditifler Hakkında 500 Sayılı Yeknesak Teamül ve Uygulamaları Işığında Akreditifin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülüğü*, Beta Yayınevi 1995, 1. bası, s.19; ŞANLI Cemal / EKŞİ Nuray, *Uluslararası Ticaret Hukuku*, Beta Yayınevi 2004, 3. bası, s.79; GÖĞER(1980), s.33 (Son yazara göre akreditifin Türk hukukunda, bankacılık hukuku çerçevesinde incelenmesinin imkanı yoktur, zira kapitülasyonlar sistemi ile Osmanlı dönemindeki yargılama düzeni, böyle bir incelemeyi imkansız hale getirmektedir; GÖĞER(1980), s.33)
- (3) Trapezitai, 'masa' anlamına gelen trapeza kelimesiyle aynı kökten gelir ve pazar yerlerinde para alıp satan kişilere trapezitai denmesinin nedeni, bu işleri özel bir masa üstünde gerçekleştirmeleridir; bkz: DWAYER Gerald / SAMARTIN Margarita, *Why Do Banks Promise to Pay Par on Demand ?*, Kasım 2004, <http://www.dwyerecon.com/pdf/par.pdf>, s.23; LAOUTU Angeliki, *The Economic History of Byzantium: From the Seventh through the Fifteenth Century*, Dumbarton Oaks Research Library and Collection 2002, s.434
- (4) GÖĞER(1980), s.34
- (5) TOLUN Osman, *Akreditifin Hukuki Mahiyeti*, AD. Sayı:3 1957, s.267; ULUÇ Mehmet, *Borçlar Hukuku Açısından Akreditif*, Batider, c:III 1966, s.432; EISEMANN Frederic / SCHÜTZE Rolf A., *Das Dokumentenakreditiv im internationalen Handelsverkehr*, Heildelberg 1989, s.45 vd. (KAYA Arslan, *Belgeli Akreditifte Lehdarın Hukuki Durumu*, Beta Yayınevi, İstanbul 1995, s.8'den naklen)

Bu gelişim içinde, akreditifin ortaya çıkması ve küresel anlamda bir ödeme aracı olarak kabulü evrelerinde MTO'nun hazırladığı 'Akreditifler İçin Yeknesak Teamül ve Uygulamalar'ın (*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*) bir kilometre taşı olduğu söylenebilir⁽⁶⁾. 1933 yılında, farklı ülkelerde uygulanmakta olan akreditif kurallarının yeknesak hale getirilmesi amacıyla oluşturulan YTU, MTO'nun Viyana'da toplanan 7. kongresinde kabul edilmiş, daha sonra 1951, 1962, 1974 ve 1983 yıllarında gözden geçirilmiştir. En son 1993 yılında, UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) ve diğer ekonomi çevrelerinin de katkısıyla, 500 sayılı broşürle değişikliğe uğrayan YTU, halen yürürlüktedir⁽⁷⁾.

B. Akreditifin İşlevleri

Akreditif, uluslararası ticaretin yarattığı bir kavramdır ve akreditife en çok rastlanan durum, mesafeli satımlar ve önemli şirket sözleşmeleridir⁽⁸⁾. İşte bu satım veya benzeri ilişkilerden doğan edimlerin ifası amacıyla başvurulanan yöntemlerden biri akreditiftir.

Akreditifin ticaret hukukunda ve uygulamasındaki yerini kısaca belirttikten sonra, herşeyden önce bir *ödeme aracı* olduğunu söylemek mümkündür⁽⁹⁾. Bu aracın kullanılmasıyla, alıcı, sözleşme ile daha önceden kararlaştırılmış belgeleri, kararlaştırılan zaman dilimi içinde bankaya ibraz eden satıcıya, ödemeyi bir banka aracılığıyla yapar. Alıcının bankaya ödeme talimatı vermesi, ifa yerini tutan bir irade beyanı değildir; ancak ifanın gerçekleştirilmesine yönelik bir irade beyanı olarak kabul edilebilir. Bu nedenle semen borcunun ifası, ancak bankanın bunu fiilen satıcıya ödemesiyle gerçekleşmiş olur⁽¹⁰⁾.

Akreditifin ikinci fonksiyonu *teminat* sağlamaktır. Mesafeli satımlarda, alıcıyla satıcı çoğu zaman farklı ülkelerde bulunmakta, ticari ilişkide karşılıklı olarak birbirini tanıma yönü eksik kalmakta, alıcı ve satıcı karşılıklı olarak borçların zamanında ifa edileceğinden emin olamayabilmektedir. İşte bu noktada akreditifin teminat işlevi ön plana çıkar⁽¹¹⁾. Özellik-

(6) Ulusal hukuklarda akreditifin ortaya çıkışı ve ilk uygulamaları için bkz. GÖĞER(1980), s.35 vd.

(7) 1993 değişikliği, 10.03.1993'te Bankacılık Komisyonu tarafından kabul edilmiş ve 1.01.1994'ten itibaren uygulanmaya başlanmıştır. 1983 metni ile 1993 değişikliğinin ayrıntılı bir karşılaştırması için bkz. BUSTO Charles Del, UCP 500&400 Compared – An Article-by-Article Detailed Analysis of the New UCP 500 Compared With the UCP 400, ICC Publishing 1993, Publication no: 511

(8) GOTTRAU Nicolas de, *Le Crédit Documentaire et La Fraude – La Fraude du Bénéficiaire, Ses Conséquences et Les Moyens De Protection du Donneur d'Ordre*, Collection Genevoise, Bruxelles 1999, s.5

(9) ATF 122 III 73; GOTTRAU, s.5; TEVINI DU PASQUIER Silvia, *Le credit documentaire en droit Suisse : Droits et obligations de la banque mandataire et assignée*, Faculté De droit Genève 1990, s.18; LOMBARDINI Carlo, *Droit Bancaire Suisse*, Schultess Médias Juridiques, Geneve 2002, s.319; ŞANLI/EK-Şİ, s.79; AYDOS, s.8; KAYA, s.5; EKİCİ, s.18

(10) LOMBARDINI, s.6

(11) Yabancı doktrinde akreditif için, 'enfant de la méfiance' tabiri kullanılmıştır; bkz. TEVINI DU PASQUIER, s.18; LOMBARDINI, s.6). Türk hukukunda da aynı görüş, 'akreditif, güvensizliğin çocuğudur' şeklinde ifade edilmektedir.(KAYA, s.30; AYDOS, s.9)

le araya önemli coğrafi ve kültürel çeşitliliğin yarattığı sorunların girdiği uluslararası karakter taşıyan ticari ilişkilerde alıcı, bedelini ödediği bir malı alamama tehlikesi ile karşı karşıyadır. Aynı sorun satıcı bakımından semeni elde edememe şeklinde ortaya çıkabilir. İşte bu sorunların önüne geçmede, akreditif, araya giren bağımsız üçüncü kişilerin (banka) müdahalesiyle, satım sözleşmesine konu olan malların gönderildiğini belgelerle tevsik eden satıcının parasını zamanında almasını, alıcının ise ancak malların öngörülen süreler içinde belli belgelere uygun olarak gönderilmesi halinde ödeme yapma yükümü altına gireceğini temin eden bir hukukî işlemdir. Başka bir deyişle akreditif, mesafe ile zaman arasında bir köprü kurmakta, uluslararası ticarete karşılıklı ve aynı zamanda ifaya hizmet eden bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır; bugün itibariyle akreditifin bir ödeme aracı olarak genel kabul görmesinin temel sebebinin teminat fonksiyonunu icra etmesi olduğu öğretilmiştir⁽¹²⁾. Yargıtay kararları⁽¹³⁾ ve İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları⁽¹⁴⁾ da akreditifin teminat işlevinin mevcudiyeti konusunda şüpheye yer bırakmamaktadır. Öte yandan teminat işlevinin ne kadar etkin olduğu, akreditifin hangi dereceye kadar tarafların edimlerinin sözleşmeye ve belgelere uygun ifasını sağladığı konusunda çekinceler de bulunmaktadır. Özellikle edimler arasındaki dengenin sağlanmasının gerekliliği karşısında, belgelere dayanarak işlem yapma prensibinin menfaat dengesini alıcı aleyhine bozduğu ileri sürülmüştür⁽¹⁵⁾. Satıcının akreditifte kararlaştırılan belgelerde sahtecilik yapması, gönderilen malın değerinin veya miktarının kararlaştırılardan düşük olması durumlarında salt belge üstünden işlem yapan bankanın denetimi yetersiz kalabilir; alıcı, hileli davranışlara karşı yeterince koruma altında değildir.

Akreditifin üçüncü olarak, *kredi işlevi* bulunduğu söylenebilir. Etimolojik kökenlere inildiğinde, akreditif sözcüğünün, itibar vermek, temin etmek anlamına gelen *accredits* kelimesinden geldiği görülür⁽¹⁶⁾. Dolayısıyla, akreditif kavramının içinde *a priori* 'kredi' sözcüğü bulunur. Etimolojinin alanından çıkıp kavramın içeriğine baktığımızda, akreditifin kredi fonksiyonu hususunda öğretilde görüş birliği olmadığını görürüz. Zira bazı yazarlara göre akreditif, uygulamada mal bedeli için keşide edilecek poliçenin vesaikin teslimi sırasında kabul edileceği taahhüdünün varlığı ve

(12) BODMER Rudolf, *Die Verarrestierung von Bankakkreditiven*, Zürich 1991, s.1 (KAYA, s.6'dan naklen)

(13) 11 HD E:1976/5881 K:1977/558 (YKD 1978 sayı:8 s.1320 vd.)

(14) " (...) akreditifin fonksiyonu, tarafları, karşılıklı edimlerin ifasını sağlamak yoluyla korumaktır. Alıcı, ve dolayısıyla akreditifi açan banka, ancak sözleşmeye konu olan malların mevcudiyeti ve kalitesini ispattayan belgelerin ibrazı karşılığında ödeme yapabilecek, diğer taraftan satıcı da ancak semeni elde ettiğinde mallara ilişkin belgeleri teslim edecektir. (...) ' (ATF 114 II 45). "Uluslar arası ticarete akreditif, genellikle mesafeli bir satım için akdedilen sözleşmenin ifasını güvenceye alan ve sözleşmenin taraflarını korumaya yönelik bir ödeme garantisidir." (ATF 130 III 462). İsviçre Federal Mahkemesinin aynı yönde karar verdiği davalar için bkz. 100 II 145; 104 II 275; 113 III 26.

(15) TEVINI DU PASQUIER, s.19

(16) EKİCİ, s.17. Ayrıca İngilizce'de *documentary credit* veya *letter of credit*, Fransızca'da *crédit documentaire*, İspanyolca'da *carta de credito* tabirlerinde akreditifin kredi fonksiyonu vurgulanmaktadır.

mal bedelinin peşin olarak alıcıdan satıcıya transfer edilmemesi nedeniyle kredi işlevini haizdir⁽¹⁷⁾. Başka bir deyişle, alıcı, semeni bankaya ancak mallara ilişkin belgelerin eline geçtiği anda ödeyeceğinden, aktiflerini paraya çevirme veya finansman yolları aramak zorunda kalmayacak, öte yandan banka da ya mallar üstünde rehin kurulması ya da teminat amacıyla mülkiyetin devri suretiyle kredi borçlusu olan alıcıya karşı hukuken sağlam bir duruma gelecektir⁽¹⁸⁾. Akreditifin kredi işlevinin bulunmadığını savunan yazarlara göre ise, bankaların alıcıdan bedeli peşin almadan akreditif açmaları, akreditifi bir kredi ilişkisi haline getirmez; burada sadece alıcının itibarına dayanarak yapılan bir işlem söz konusudur⁽¹⁹⁾.

C. Akreditifin Tanımı ve Hukukî Niteliği

1. Tanım

MTO'ya göre akreditif, bir müşterinin talep ve talimatı üzerine veya bizzat kendi adına işlem yapan bir bankanın akreditif şartlarına uyulması koşuluyla ve akreditif metninde şarta bağlanan belgelerin ibrazı karşılığında:

- Bir üçüncü şahsa veya onun emrine ödemede bulunacağını veya lehtar tarafından çekilen poliçeleri ödeyeceğini, veya
- Böyle bir ödemede bulunması veya bu gibi poliçeleri ödemesi yahut kabul etmesi için diğer bankaya yetki verdiğini, veya
- Diğer bir bankayı ödeme işlemi yapmaya yetkili kıldığını belirten bir anlaşmayı ifade eder. (YTU m.2)

YTU'nun verdiği tanım, akreditif işleminin ekonomik boyutuyla ilgili olup işlemin hukukî yönü hususunda kasten sessiz kalmaktadır; bunun amacı ise işin hukukî boyutunu ulusal düzenlemelere bırakmaktır⁽²⁰⁾.

Bu bağlamda akreditif, Türk hukukunda öğretide ve yargı kararlarında çeşitli biçimlerde tanımlanmıştır. Bir tanıma göre, 'akreditif, açtıranın talimatı dairesinde havale ödeyicisinin yani muhatabın, açtıranın nam ve hesabına ödemede bulunma, lehdarın da süresi içinde ve şartlara uygun bir tarzda belgeleri ibraz etmesi kaydıyla ödemeyi talep etme yetkisini ka-

(17) GÖĞER(1980), s.18. Kredi ilişkisi akreditifte kural olarak alıcıyla banka arasında kurulurken, ödemesi ertelenmiş akreditifte kredi sözleşmesiyle akreditif işleminin adeta birleştiği (KAYA, s.33), hatta bu durumda kredi sağlayanın banka değil satıcının kendisi olduğu ileri sürülmüştür (TEVİNİ DU PASQUIER, s.9). Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi aynı yönde bir kararında, "ödemesi ertelenmiş akreditif, belgelerin ibrazı ile ödemenin yapılacağı zamanın birbirinden ayrıldığı haldir. (...) Böylece akreditif amiri, lehbara ödemeyi akreditif ile kararlaştırılan tarihte yapacak, bu tarihe kadar isterse malları satarak semen borcunu ifa imkanına kavuşacaktır" diyerek son görüşü desteklemektedir.

(18) GOTTRAU, s.8; TEVİNİ DU PASQUIER, s.21. Son yazara göre özellikle deniz yoluyla taşımının olduğu satım ilişkilerinde malların alıcının eline geçmesi için uzun süreler gerektiğinden, ödemenin belgelerin teslimiyle yapılması alıcı bakımından önemli avantaj sağlar.

(19) EKİCİ, s.19; GÖĞER(1980), s.10; SOMUNCUOĞLU Ünal, Vesikalı Krediler Üzerine Bazı Açıklamalar, İBD. 1981, cilt:55 sayı:1, s.71

(20) KAYA, s.7

zandığı bir havalenin'adıdır'⁽²¹⁾. Bir diğer tanıma göre ise akreditif, istenilen koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak verilen bir bank taahhüdüdür⁽²²⁾. Daha geniş bir tanım ile akreditifin alıcının talep ve talimatlarına dayanarak bir bankanın belli bir miktara kadar ve belli bir vade içinde, belli belgeler karşılığında ve belli şartların yerine getirilmesi durumunda satıcıya ödeme yapılacağını, satıcı tarafından keşide edilen poliçeleri kabul ve iştira edeceğini satıcıya yazılı olarak taahhüt etmesi olduğu da ifade edilmiştir⁽²³⁾.

2. Hukukî nitelik

Akreditif, uluslararası ticaret uygulamasının getirdiği ihtiyaçlardan doğmuş bir müessesedir⁽²⁴⁾. Dolayısıyla akreditifin hukukî niteliği teknik hukuk alanının tartışıp üstünde uzlaşmaya vardığı bir konu değil, birçok ülkenin kanunlarına dahi girmemiş bulunan ve ticari hayatın işleyişine paralel olarak gelişen bir yöntem olarak karşımıza çıkar. Bu nedenlerle akreditifin hukukî niteliği üstünde öğretide bir uzlaşma olduğunu söylemek de güç görünmektedir.

Hukukî nitelik üstünde bir ortak yaklaşım olmadığını kabul ettikten sonra, ileri sürülen fikirleri iki grup altında incelemek mümkündür. 'Tekçilik ilkesi'ni esas alan yazarlara göre akreditif, sadece bir tek hukukî kurum vasıtasıyla açıklanmaya müsait iken, 'parçalama ilkesi'nin savunucularına göre ise akreditifi tek bir kurumla açıklamak mümkün değildir, zira akreditif, herbirinin hukukî karakteri ve tarafları farklı olan birden çok akitler dizisinden oluşur⁽²⁵⁾.

Öğretide tartışmaya yol açan bu konunun uygulamaya olan etkilerini görmek amacıyla ve borçlar hukuku anlamında teknik bir tartışmaya girmeksizin akreditifin hukukî bünyesinin anlaşılmasının taraflar arası ilişkilerin yorumunda sağlayacağı yarar sebebiyle hukukî bünyenin tesbitine ilişkin yaklaşımları kısaca incelemek gerekir.

a. Akreditifi tek bir hukukî kurumla açıklamaya çalışan görüşler (Teklik Yaklaşımı)

aa. Havale görüşü

Akreditifin hukukî yapısını irdeleyen ve bunu 'teklik ilkesi' çerçevesinde açıklamaya çalışan Alman, İsviçre⁽²⁶⁾ ve Türk öğretisi⁽²⁷⁾ ile mahkeme kararları

(21) TEKİNALP Ünal, Banka Hukukunun Esasları, cilt:1, İstanbul 1988, s.65

(22) EKİCİ, s.18

(23) TUMAY Turhan, Dış Ticaret Banka Tekniği, İstanbul 1987, 2. bastı, s.41

(24) EKİCİ, s.45

(25) GÖĞER(1980), s.47

(26) TEVINI DU PASQUIER, s.69-71; ayrıca İsviçre hukukunda havale görüşünü destekleyen yazarlar için bkz. GOTTRAU, s.39

(27) OLGAC Senai, İçtihatlarla Borçlar Kanunu, cilt:IV, Ankara 1967, s.423-424; TOLUN, s.269 vd.; TEKİNALP, s.399; YÜKSEL Ali Sait, Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, İstanbul 1986, s.114

rında⁽²⁸⁾ genel kabul gören fikir, akreditifin bir çift yetki olarak düzenlenmiş havale ilişkisi olduğu yönündedir. (BK m.457 – 462; art. 394 CO)

Türk Borçlar Kanunu'na göre havale, muhalünaleyhin, muhalünlehin bilvekalé kendi namına kabza yetkili olduğu para, kıymetli evrak veya misli şeylerin muhile itası için yetkilendirildiği sözleşmedir⁽²⁹⁾ (m.457). Havale ilişkisi, 'alıcının (muhilin) satıcıya ödemede bulunulması konusunda bankaya (muhalünaleyh) ve tediye olunan şeyi kendi adına kabzetmek konusunda satıcıya yetki vermesi' aşamalarından oluşan akreditif ile bu bağlamda büyük benzerlik gösterir^(30, 31).

Öte yandan akreditifin havale ilişkisiyle uyuşmadığı, bu nedenle hukuki niteliğinin havale olarak kabulüne olanak olmadığı yolunda eleştirilere de rastlanmaktadır. Öğretide ilk eleştirilen konu, havalenin üçlü bir ilişki olmasına rağmen akreditifte ortaya çıkan muhabir bankanın dördüncü bir taraf oluşturduğu, bu nedenle muhabir bankanın ifa yardımcısı olarak kabul edilmesi zorunluluğunun ortaya çıkmasıdır. Akreditif bankasının muhabir bankadan bir üçüncü bankanın garantisini istemesi ve gelişmekte olan ülkelerin mahkemelerinin sıklıkla bu garantilere başvurulmasına karar vermeleri ise MTO'nun 1975 tarihli YTU'sunda akreditif bankasının muhabir bankadan işlemi '(...) akreditif koşul ve niteliklerine uygun olarak ifa ettiği hususunda başka bir bankanın teyidini istemeyeceği (...)' hükmü getirilerek ifa yardımcısı görüşünün önü kesilmiştir (m.13)⁽³²⁾.

Havale görüşüne yöneltilen bir diğer eleştiri ise, havaleden dönmenin her zaman mümkün olduğu (BK m.461/1) ancak akreditifin 'dönülebilir' nitelikte olması halinde bu özelliğe uyduğu yolundadır⁽³³⁾. Ayrıca havalede rezerv koyma hakkı bulunmadığı halde 'teyitsiz akreditifte' muhabir banka, ödeme yükümlülüğü bulunmadığını belirterek akreditifi ihbar edebilir⁽³⁴⁾.

(28) Türk hukukunda havale görüşünü kabul eden yüksek mahkeme kararları için bkz. HGK. E:1964/942 K:1964/637; 11 HD. E:1982/1274 K:1982/1845; 11 HD K:1980/3644 E:1980/3185. Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararları: ATF 117 III 76-77; ATF 115 II 67; ATF 114 II 45; ATF 78 II 42.

(29) Türk hukukunda sözleşme olarak nitelenen havalenin, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu m.466 hükmünde bir sözleşme olduğu ifade edilmemiştir; bkz. YAVUZ Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri – Özel Hükümler, Beta Yayınevi 2001, 2. bası, s.441; GOTTRAU, s.40; bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi (ATF 92 II 335, ATF 73 II 43) ve İsviçre doktrininin genel olarak kabul ettiği görüş havalenin 'çifte yetkilendirme' olduğu yönündedir (TERCIER Pierre, Les Contrats Spéciaux, Schulthess Médias Juridiques, Zurich 1995, 2e éd., no:4568; GAUTSCHI Georg, Berner Kommentar, t: VI/2.6, Besondere Auftragsund Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Berne 1962, 2e éd., art.466 no:2, no: 3.b.

(30) TOLUN, s.269

(31) Akreditifin 'havale' olarak nitelendirilmesinin hukuki neticeleri hususunda geniş bir inceleme için bkz. TEVİNİ DU PASQUIER, s.69 vd., LOMBARDINI, s.328-329

(32) GÖĞER(1980), s.50

(33) ÖZEL Sibel, Akreditif ve Hukukî Mahiyeti, İstanbul 1991, s.78

(34) ÖZEL, s.79

bb. Mücerret alacak görüşü

Akreditif amiri, akreditif bankasına, belirli belgelerin karşı tarafça ibrazı kaydıyla ödemede bulunma talimatı verir; böylece bankayla akreditif amiri arasında bir 'iş görme akdi' oluşur⁽³⁵⁾ (BK m.386/2). İşte bankanın lehbara bu akreditif ilişkisini bildirmesiyle birlikte, aralarında belgelerin ibrazına bağlı olarak soyut borç ilişkisi ortaya çıkar; soyutluk özelliği mutlaklıdır, zira ne bankayla akreditif amiri ne de alıcıyla satıcı arasındaki sözleşmelerin bankanın sahip olduğu ödeme yükümlülüğünün hukukî nedenini teşkil ettiğini söylemek mümkündür⁽³⁶⁾. Yargıtay'ımız da bazı kararlarında, istikrar arz etmemekle birlikte akreditifin hukukî mahiyetini soyut alacak teorisiyle izah etmiştir⁽³⁷⁾.

Soyut alacak görüşü öğretide, akreditifin üçlü yapısına uygun düşmesi, teyitsiz akreditifte muhabir bankanın ödeme yükümlülüğü altında olmaması gibi nedenlerle eleştirilmektedir⁽³⁸⁾. Öte yandan Alman hukukunda akreditifin hukukî mahiyetinin soyut borç ilişkisine dayandırıldığı görülür⁽³⁹⁾.

cc. Diğer görüşler

Öğretide akreditifi tek bir hukukî müessese ile açıklamaya çalışan yazarlar arasında *itibar mektubu* görüşü de ileri sürülmüştür⁽⁴⁰⁾. İtibar emrinin lehdarın elinde bulunması gereken bir belge olması, akreditifte ise böyle bir belgenin mevcut olmayışı, itibar mektubunda ödemesi talep edilen miktarın belirli olmaması halinde BK m.399/2'ye göre uygulanacak prosedürün akreditif ilişkisine yabancı oluşu gibi nedenlerle 'itibar emri' görüşü oldukça zayıf kalmaktadır⁽⁴¹⁾.

İtibar emri, akreditifin açıklanması için başvurulacak bir diğer hukukî kurumdur⁽⁴²⁾. BK m.400'de düzenlenen itibar emrinin aslen bir kredi yönemi olması, ayrıca şekil şartına bağlı bulunması (BK m.400/2) gibi nedenlerle itibar emri görüşü de akreditifi açıklamakta yetersiz kalır⁽⁴³⁾.

Akreditifin hukuken *kefaletin* özel bir görünüşü⁽⁴⁴⁾ olduğu da ileri sürülmüşse de, bu görüş, kefaletin fer'i niteliği ve asıl borçtan soyut olmayışı nedeniyle öğretide kabul görmeyen görüşler arasında yerini almıştır.

(35) GÖĞER(1980), s.69; ÖZEL, s.80

(36) EKİCİ, s.51

(37) "(...)teyidli akreditifle, usulüne uygun olan belgeler karşılığı ödeme yapmayı, teyid bankası da ayrıca taahhüt etmekte ve bu suretle taahhüt altına girmektedir. Teyid bankasının lehdara karşı yükümlülüğü mücerret bir borç ikrarı niteliğinde olup(...)"(19 HD, E:1997/7126, K:1997/9916; 11 HD de bir kararında soyut borç ilişkisi görüşünü desteklemektedir (bkz. YKD Ağustos 1978, sayı:8, s.1321). Ayrıca Yargıtay'ın soyut alacak teorisi görüşünü destekleyen bir kararının incelemesi için bkz. GÖĞER, Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti, Ankara 1961, s.72

(38) ÖZEL, s.81-82; EKİCİ, s.52

(39) Alman hukukunda soyut borç ilişkisi görüşünü savunan yazarlar için bkz. KAYA, s.70

(40) BİLGE Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s.305 vd.(EKİCİ, s.52'den naklen)

(41) EKİCİ, s.53

(42) ULUÇ Mehmet, Borçlar Hukuku Açısından Akreditif, Batider, Mart 1966 sayı:3, s.434

(43) EKİCİ, s.54

(44) GÖĞER (1961), s.29-30. Yazar görüşünü daha sonra değiştirmiş ve kefaletin akreditifin açıklanmasına uygun olmadığını belirtmiştir. (GÖĞER (1980), s.47)

b. Akreditifin hukukî niteliğini birden çok hukukî ilişkiye bölerek saptamak gerektiği görüşü. (*Parçalama Yaklaşımı*)

Akreditifin tek bir hukukî kurumla açıklanmasının mümkün olmadığından hareketle, söz konusu işlemin aralarında hukuken bir bağ almayan ancak ekonomik anlamda ilişkili akitlerden oluştuğu fikri ileri sürülmüştür. Buna göre akreditif, bir akitler dizisidir ve ancak her bir akdin ayrı ayrı ele alınmasıyla anlaşılabilir. Açıklamalar, akreditif bankası ile akreditif amiri arasındaki ilişki, akreditif bankası ile muhabir banka arasındaki ilişki ve lehdar ile bankalar arasındaki ilişki olmak üzere üç aşamada sunulacaktır; satıcıyla alıcı arasındaki ilişkinin hukukî mahiyeti hususunda tartışmaya mahal yoktur.

aa. Akreditif bankası ile akreditif amiri arasındaki ilişki

Öğretide bu konuda iki fikir bulunmaktadır; bunlardan ilki ilişkiyi vekalet akdi olarak nitelendirirken diğer görüşe göre tarafla arasında bir istisna sözleşmesi mevcuttur.

İstisna akdinin varlığını öne süren görüşe göre, akreditif bankasıyla akreditif amiri arasında *synallagmatique* ilişki vardır ve her iki tarafta karşılıklı borçlar altına girmiştir. Banka, işin görülmesi bakımından borçlu, komisyon ve masraflar bakımından ise alacaklı durumdadır. Amirin borçları ve alacakları ise bankanınkilerin karşılığını teşkil eder⁽⁴⁵⁾.

İstisna akdi görüşünün tartışmaya açık hale geldiği nokta ise akreditif bankasının sonuç sorumluluğu altında olup olmadığıdır; öğretide istisna akdindeki sonuç sorumluluğunun insan emeği ürünü olan ve iktisadî değer taşıyan her türlü eserle yerine gelmiş olacağı⁽⁴⁶⁾ savunulduğu haklı olarak belirtilmiştir. Akreditif bankasının da sorumluluğunun bu kapsamda değerlendirilmesi hususunda görüş birliği bulunmamakta, bazı yazarlar tarafından bankanın salt belge ibrazı şartına bağlı olarak ödeme yükümlülüğünün bulunduğu⁽⁴⁷⁾ ve bunun istisna akdinin bünyesine aykırı düştüğü iddia edilmektedir.

İstisna akdi görüşünün karşısında öğretide ortaya atılan ve daha geniş çevrelerce kabul gören görüş, “vekalet akdi” görüşüdür. Bu görüşe destek olarak, akreditif amiri ile banka arasındaki ilişki çeşitli nedenlerle vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmese bile, kanunda belirtilen özel sözleşme tiplerinden birine girmediği için netice itibarıyla BK m.386/2 gereğince, kanunî düzenlemenin eksik kaldığı konularda vekalet hükümle-

(45) EKİCİ, s.56

(46) TANDOĞAN Haluk, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, cilt:I, Ankara 1989, s.4; YAVUZ, s.265; OLGAC Senai, *Kazaî ve İlmi İçtihadlarla Türk Borçlar Kanunu*, cilt:II, İstanbul 1966, s.680 (Yazara göre, istisna akdinin ayırt edici vasfı, vaadedilen şeyin maddî varlığından çok, belli bir emek mahsulünü, belli bir çalışma sonucunu bir bütün halinde ve çalışma sonucu ortaya çıkarma vaadidir.)

(47) ÖZEL, s.88

rine tâbi olacağı söylenmiştir⁽⁴⁸⁾. Ayrıca akreditif bankasının sonuç sorumluluğunun olmadığı da ileri sürülmüştür⁽⁴⁹⁾.

Öte yandan vekaletten her zaman azil ve istifanın mümkün olması, akreditifte ise bankanın lehdara ödeme yapma hususunda kesin bir taahhüt altına girmesi, vekalet görüşünü önemli ölçüde sakatlar.

bb. Akreditif bankası ile muhabir banka arasındaki ilişki

Akreditifte bankalar arasındaki ilişkiler ‘iç ilişkiler’ ve ‘dış ilişkiler’ olmak üzere iki başlık altında incelenebilir.

Bankalar arasındaki iç ilişki konusunda Türk-İsviçre öğretisinde⁽⁵⁰⁾ ve yargı kararlarında⁽⁵¹⁾ tartışmaya yer olmadan, bunun bir vekalet akdi olduğu kabul edilmektedir.

Dış ilişki hususunda ise görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre muhabir banka, akreditif bankası bakımından ifa yardımcısı olarak nitelenebilir; şöyle ki akreditif borçlusu olan akreditif bankası, borcunu alacaklının işyerinde ifa etmekle yükümlüdür ve bunun için bir ifa yardımcısı kullanmaktadır⁽⁵²⁾.

Bu konuda ortaya atılan ikinci görüş ise, muhabir bankanın amir bankanın ikame vekili olduğu yönündedir⁽⁵³⁾. YTU’nun muhabir bankadan söz etmesi, bu görüşe göre, ikame vekil kurumunun kabul edildiğinin göstergesidir⁽⁵⁴⁾. Öte yandan, ikame vekil görüşünün zayıf kaldığı nokta, akreditif bankasının muhabir bankayı bağımsız hareket etmesi için yetkilendirmesinin mümkün olmaması, aksine, akreditif bankası kendi ediminin kurtulmaması, muhabir bankaya talimat verme borcunu yerine getirmek yükümünü taşımaya devam etmesidir. Kaldı ki YTU’nun muhabir bankayı tanınması, bunun ikame vekil olduğunu kabulü de gerektirmez.

cc. Bankalar ile lehdar arasındaki ilişki

(48) EKİCİ, s.57; ÖZEL, s.88; ULUÇ, s.463. Kanaatimizce vekalet akdine ilişkin BK m.386’nun ‘torba hüküm’ niteliği, akreditif bankası ile amir arasındaki ilişkinin hukuki mahiyetine etki etmez; kanun koyucunun istisna akdinde hüküm bulunmayan hallerde vekalet akdine ilişkin hükümlere gönderme yapması, bahis konusu olan hukuki ilişkinin bünyesini etkilemez. Zira doktrinde savunulan görüşe katılmak söz konusu olsaydı, herhangi bir sözleşmeye ilişkin kanunî düzenleme bulunmaması halinde derhal o sözleşmenin vekalet olarak nitelendirilmesi gerekirdi.

(49) EKİCİ, s.58

(50) Türk-İsviçre doktrinde vekalet görüşü benimsenirken, Alman hukukunda iş görme akdi olarak nitelendirilmekte. Alman hukukundaki farklı görüşler için bkz. KAYA, s.90, 166 no’lu dipnot.

(51) ATF 78 II 48, ATF 90 II 306, ATF 114 II 48,

(52) Bu yöndeki Yargıtay kararları: HGK, E:1964/942 K:1964/637; 11 HD, E:1982/4352 K:1982/5626

(53) Türk doktrinde bu görüşü Göger savunmaktadır. Yazara göre, MTO’nun 1975 tarihli YTU’sunda getirilen m.13 hükmü, muhabir bankanın ikame vekil olduğu savını destekler, zira akreditif bankası, madde hükmüne göre, muhabir bankadan üçüncü bir bankanın teyidini isteyemez, böylece akreditif amirinin muhabir bankaya karşı vekilin (akreditif bankasının) sahip olduğu her hakkı kullanması mümkündür. Muhabir bankanın sorumluluğunu daraltmaya yönelik girişimler YTU hükmüyle bertaraf edilmiş, muhabir bankanın ikame vekil niteliği desteklenmiştir.

(54) ÖZEL, s.91.

(55) GÖĞER (1980), s.60

Lehdarın akreditifte bankalarla ilişkisinin herhalde BK m.17 anlamında soyut borç ilişkisi olduğu öğretide ileri sürülmüştür⁽⁵⁵⁾.

Bir diğer görüşe göre ise bankalar ile lehdar arasındaki ilişki, akreditif açıldığı ihbarı öncesi ve sonrası olmak üzere iki dönemde ayrı ayrı ele alınmalıdır⁽⁵⁶⁾. Buna göre ihbar öncesinde, akreditif bankasıyla amir arasında yapılan sözleşme üçüncü kişi (lehdar) lehine şart hükmünü içerdigi takdirde lehdar, amir ile aralarındaki sözleşmeye uygun hareket etmeyen bankaya başvurarak akreditif açılmasını talep edebilecektir. Üçüncü kişi lehine şart görüşünün kabulü, lehdara bu imkanı sağlar. Akreditifin bildirilmesinden sonraki dönem için ise yine soyut borç ikrarı müessesesinin varlığının kabulü gerekir.

II. Akreditif İlişkisinde Taraflar ve İlişkileri

A. Akreditif amiri

1. Tanım

Akreditif ilişkisinin kurulmasına neden olan temel sözleşmesel ilişkide ödemeyi yapacak olan taraf, akreditif amiridir⁽⁵⁷⁾. Akreditif amiri, akreditif bankasından akreditif açılmasını ister; söz konusu talebin yer aldığı mektup konusunda öğretide bir görüş birliği yoktur⁽⁵⁸⁾. Öğretide akreditif emri tabirinin, MTO'nun orjinal olarak kullandığı *instruction* veya *request* terimleri göz önünde bulundurulduğunda işlemin yapısına daha uygun düştüğü belirtilmiştir⁽⁵⁹⁾.

2. Borçlar

a. Lehdara karşı borçları

Temel ilişkide yer alan akreditif klotuyla akreditif amirine akreditifi açtırma ve ibraz edilen belgeleri kabul ve tetkik borcu yüklenir. Akreditifin açtırılması ve bu sayede bedelin ödenmesi akreditif amirinin aslı borcunu teşkil etmekte, akreditifin açtırılmasıyla amir, aslı borcunu ifa etmiş kabul edilmektedir⁽⁶⁰⁾.

Akreditifin açılması borcu, ancak bunun akreditif şartunda öngörülen süre içinde ve içerikte, muayyen bir banka vasıtasıyla açılması halinde ifa edilmiş sayılır. Ayrıca akreditifin, sözleşmedeki akreditif klotunda öngörülen içerikte açılması gerekir⁽⁶¹⁾. Akreditif metninde gereğinden fazla ay-

(56) ULUÇ, s.464

(57) Uygulamada ödemeyi yapan taraf genellikle ithalatçıdır.

(58) Akreditif talebi, akreditif emri, akreditif başvurusu, akreditif talimatı, akreditif teklifi gibi farklı terimler Türk hukukunda kullanılmaktadır.

(59) GÖĞER(1980), s.20

(60) KAYA, s.42

(61) KAYA, s.43

(62) ICC Official Opinion, R307, 1998/99

rıntı bulunmamalı, metne eklenecek hususlar mantık ve sağduyu çerçevesinde tayin edilmelidir⁽⁶²⁾.

b. Akreditif bankasına karşı borçları

Akreditif amiri, akreditif bankasına karşı iki borç altındadır: Bankanın lehbara ödediği meblağı akreditif bankasına ödemek ve bankaya hizmeti karşılığında bir komisyon ödemek⁽⁶³⁾.

Akreditif amirinin, *actio mandati contraria*, bankaya, lehbara yapılan ödeme kadar borcu doğar; bu hakkın doğumu doğal olarak bankanın akreditiften doğan sorumluluğunu yerine getirmesi ve vekaleten ödeme yapmasıyla mümkün olacaktır⁽⁶⁴⁾. Yapılan ödemenin akreditifin şartlarına uygun olması, amirin bankaya ödeme yapmasının da önkoşulu niteliğindedir; bankanın akreditife uygun belgelerin ibrazı şartına bağlı bulunan ödeme yükümlülüğü sadece belgelerin tam ve eksiksiz olarak ibrazıyla değil, aynı zamanda eksik belgelerin ibrazı ve bunların vekalet akdinin getirdiği özen borcuna aykırı biçimde kabulüyle de doğacaktır⁽⁶⁵⁾.

Akreditif amirinin bankaya karşı ikinci borcu, bankanın vekalet akdinden doğan yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmesi halinde ortaya çıkan 'komisyon'dur. İsviçre Federal Mahkeme'sine göre bankanın komisyon hakkı, lehbarın belgeleri bankaya teslimi ve bankaca bunların üstünde hakimiyet kurulması anında doğar⁽⁶⁶⁾.

B. Akreditif borçlusu (akreditif bankası / amir banka)

1. Tanım

Akreditif amirinden aldığı talimat doğrultusunda akreditifi açan banka 'akreditif bankası'dır. Talimata uygun biçimde akreditif açıldığında akreditif amiri ile akreditif bankası arasında akdi ilişki (*akreditif ilişkisi*) kurulmuş olur.

Eğer satıcı ile alıcı arasında yapılan akitte belirli bir akreditif bankası tayin edilmemişse, amir, istediği bankada akreditif açtırabilir. Satıcının akreditifin belirli bir bankada açılmasını istemesinin temel nedeni ise kendisine sağlanması olası kredi kolaylıklarıdır⁽⁶⁷⁾.

2. Akreditif bankasının borçları

Akreditif bankası ile amir arasında akreditif açılmasına ilişkin anlaşma sağlandıktan sonra, akreditif bankası amirin emir ve talimatına uygun biçimde, amir nam ve hesabına akreditifi açmak ve bunu derhal lehbara bildirmek yükümlülüğü altına girer. YTU m. 5, akreditif amirinin talimatları-

(63) GOTTRAU, s.55

(64) TEVINI DU PASQUIER, s.162-163; TERCIER, no:4097

(65) GOTTRAU, s.56. Bankanın akreditife uygun olmayan belgeleri kabulü ve bunlar mukabilinde ödeme yapması durumunda akreditif amirinden talep hakları da ortadan kalkar. İsviçre hukukunda bkz. art.402/1 CO

(66) ATF 78 II 42

(67) GÖĞER(1980), s.21

nın ‘tam ve kesin’ olması gerektiğini açıkça ortaya koyar. Bu bağlamda akreditife veya onunla ilgili herhangi bir değişikliğe fazla ayrıntı konulması, evvelce açılmış ve kabul edilmiş/edilmemiş değişikliklere konu olmuş bir akreditif benzer bir akreditif açılması, bankaların önlemesi gereken işlemler arasında sayılmıştır (YTU m.5-a/i-ii). Ayrıca akreditif bankası, talimatlarda açıklık olmaması halinde amirle temasa geçerek vekaletten doğan borçlarını tam olarak ifa edebilmek için olayı aydınlığa kavuşturmalıdır⁽⁶⁸⁾.

Akreditif bankasının diğer bir borcu, vekillik sıfatının gereği olarak, akreditif şartında belirtilen tüm belgeleri makul bir özen⁽⁶⁹⁾ göstererek ve dış görünüşleri itibarıyla⁽⁷⁰⁾ incelemektir (YTU m.13-a); zira ancak akreditifte şart koşulan belgelerin eksiksiz olarak ibrazı⁽⁷¹⁾ halinde akreditifin açılması banka için kesin bir yükümlülük oluşturur (YTU m.9-a). Bankanın belgeler üzerindeki incelemesini makul bir süre içinde tamamlaması gereği, genel hukuk mantığının bir sonucudur; YTU bu süreyi 7 gün olarak belirlemiştir (m.13-b). Unutulmaması gerekir ki bankanın inceleme yükümlülüğü şekli bir incelemeyi gerektirir⁽⁷²⁾; başka bir deyişle bankanın belgeleri inceleme yükümlülüğü, belgelerin maddi gerçeğe uygunluğunu garanti fonksiyonunu haiz değildir.

Belgeleri inceleme yükümlülüğünün kaçınılmaz sonucu, belgelerin akreditif şartına uygun olmadığına tespiti halinde ödemeden imtina etme yükümlülüğüdür (YTU m.14-b). Banka, 7 günlük inceleme süresi dahilinde, akreditif amirine başvurarak belgelerdeki uygunsuzluğu bildirerek, belgeleri bu haliyle kabul edip etmediğini sorabilir (YTU m.14-c). Belgelerin kabul edilmemesi halinde banka, lehbara bildirimde bulunmalı ve red gerekçelerini tam olarak belirtmelidir (YTU m.14-d/ii); şayet banka yaptığı bildirimde belgelerin lehbarın emrine hazır

(68) TEVINI DU PASQUIER, s.133. Buna göre akreditif amirinin talimatı açık ve anlaşılır olmalıdır; akreditifin türü, teyitli olup olmadığı, akreditifin tutarı, miktar ve birim fiyatına ilişkin bilgiler(YTU m.39), akreditif vadesi ve vesaikin ibraz yeri(YTU m.42), malların sevk tarihine ilişkin bilgiler(YTU m.46) gibi hususların amir tarafından bildirilmesi akreditifin sağlıklı işleyişini temin eder.(Ayrıca bkz. GOTTRAU, s.46)

(69) İsviçre doktrininde makul bir özenin kriteri, konusunda uzman bir kimsenin itinalı incelemesi’ olarak belirlenmiştir.(TEVINI DU PASQUIER, s.137; ayrıca bkz. GOTTRAU, s.48 209 no’lu dipnotta sayılan yazarlar.) İsviçre Federal Mahkemesi, bankanın göstermesi gereken özenin vekalet akdinin vekile yüklediği genel özen borcunun ötesinde, teamül, uygulamalar ve teknik bilginin birleşiminden oluşan bir özen borcu olduğunu belirtmiştir.(ATF 90 II 302)

(70) YTU kapsamında, incelemenin ne şekilde yapılacağı hususunda açıklık olmamakla birlikte, belgelerin ‘yüzlerine’ bakarak, akreditif şartlarına aykırılıkların tespiti gereklidir; denetimin akreditifin işlemesini imkansız hale getiren bir titizlikle yapılmasına gerek yoktur. Aynı yönde bkz. Bank of China (Fujian Branch) v. Bank of East Asia, 2004 LC Case, <http://focus.dcpofessional.com/>

(71) ‘(...)malların gönderilmesini takiben 24 saat içinde lehbarın imzaladığı ve malların kalite, sayı, ağırlık cinsinden özelliklerini gösterir fax/telex metni yerine, lehbarın ‘malların istenen niteliklere uygun olarak gönderildiğini taahhüt ederim’ ibaresinin yer aldığı belgeye dayanılarak akreditifin gerçekleştirilmesi, akreditif şartlarına aykırıdır.(...)’ (ICC Official Opinion, R203, 1995/96)

(72) İsviçre Federal Mahkemesi, bankaların belge üstünden inceleme yapmalarına ilişkin genel prensibin sınırını hakkın kötüye kullanılması kurumuyla çizdiği bir kararında, iki tacir arasındaki bir milletlerarası yazarak malların alındığına dair belgeyi düzenlemek borcu altına giren bankanın bu yükümlülüğünü ihlal etmesi ve daha sonra söz konusu belgenin eksikliği nedeniyle ödeme yapmaktan kaçınmasını ‘hakkın kötüye kullanılması’ olarak nitelemiştir (ATF 115 II 67). Karar doktrinde, akreditifte sınırlarının oldukça dar olması gereken ‘hakkın kötüye kullanılması’ kurumunun hukuka aykırı biçimde genişletildiği iddiasıyla eleştirilmiştir; bkz. LOMBARDINI, s.355 vd.

(73) ICC Official Opinion, R421, 2000/01

tutulduğu veya ona iade edildiği ibaresini koymaz ve daha sonra belgeleri lehda-
rın izni dışında elden çıkarırsa, lehdarın uğrayacağı zararlardan mesul olur⁽⁷³⁾.

Akreditif bankası, lehdar tarafından ibraz edilen belgelerin akreditif şartlarına uygunluğunu saptadıktan sonra, akreditif açar; bu, banka için bir hak değil bir yükümlülüktür. Bankanın belgelerin tam olarak ibrazına rağmen akreditifi açmama hakkını haiz olduğu hal ise lehdarın hileli davranışının tespit edildiği haldir⁽⁷⁴⁾.

Son olarak banka, lehdardan aldığı belgeleri akreditif amirine tevdi et-
me yükümlülüğü altındadır. Bankanın, amir ile aralarındaki sözleşmeden
doğan bu edimi, amirin akreditif meblağını akreditif bankasına vermesi
şartına bağlıdır; amir bankaya akreditif meblağını yatırmadığı takdirde
bankanın belgeler üstünde hapis, rehin gibi hakları vücut bulabilir⁽⁷⁵⁾.

Akreditif bankasının tüm bu borç ve yükümlülüklerinin yanında
YTU, oldukça etkili ve geniş bir 'sorumluluktan kurtulma' mekanizması
getirmiştir. Buna göre bankaların vesaikin geçerliliğine dair hiçbir sorum-
lulukları yoktur (m.15); bankalar mesaj, vesaik veya mektupların gönde-
rilmesi esnasında ortaya çıkabilecek sorunlardan sorumlu değildir
(m.16); mücbir sebebe ilişkin genel hukuk kuralı, mücbir sebep halinde
bankaların sorumlu olmadığına ilişkin m. 17 hükmüyle pekiştirilmiştir;
son olarak akreditif amirin talimatlarından doğan tüm sorumluluktan
bankalar m.18 hükmüyle kurtulmuştur.

C. Yardımcı banka

1. Genel olarak

Akreditif işleminin icrasında çoğunlukla lehdarın ülkesinde bulunan
bir banka kullanılır. Akreditif talimatının yerine getirilmesinde hizmetin-
den yararlanan bu bankalara uygulamada '*muhabir banka*' denir⁽⁷⁶⁾.
Yardımcı banka, akreditif işleminde farklı işlevler üstlenebilir ve üstlen-
diği işleve göre ayrıca isimlendirilir; yardımcı banka, akreditif işleminde
ihbar, ödeme veya teyit bankası olabilir. Teyit ve ihbar bankalarının hu-
kukî durumları ve sorumluluk rejimleri YTU'da ayrıca düzenlenmişken
ödeme bankasının sadece ismi anılmış, buna ilişkin hukukî yapıya
YTU'da değinilmemiştir⁽⁷⁷⁾.

2. Yardımcı bankaların farklı görünüşleri, hak ve borçları

a. İhbar bankası

(74) GOTTRAU, s.51

(75) Bu haklar akreditif bankasının amirle arasındaki sözleşmeye dercettiği ve rambursmanı garanti altına almayı amaçlayan haklardır.

(76) KAYA, s.81. Uygulamada muhabir banka, akreditif bankasının dışında kalan tüm bankalar için bir üst başlık olarak kullanılmaktadır; kanaatimizce bu yanlıştır, zira 'muhabir' sözcüğü, sadece ihbar eden bankayı karşılar ve ihbar bankasının dışında kalan, ikincil nitelikteki bankaları açıklamakta yetersiz kalır. Bu nedenle üst başlık olarak 'muhabir banka' terimini doğru bulmuyor, bunun yerine 'yardımcı banka' tabirini tercih ediyoruz.

(77) KAYA, s.82. Yazara göre bunun sebebi, 'ödeme bankası' kavramının uygulamadan doğan ve banka-
ların iç ilişkilerini ilgilendiren bir kuruma ilişkin olmasıdır.

Akreditif işlemine müdahil olan ihbar bankası, amir bankadan aldığı akreditif bilgilerini doğrultusunda lehbara bildirimde bulunan, lehine akreditif açıldığını ona ihbar eden bankadır. Başka bir deyişle ihbar bankasının fonksiyonu, haber vermekten ibarettir; ödeme hususunda bir yükümlülük altına girmez. Bunun sonucu olarak da lehbar, ihbar bankasına karşı herhangi bir talep hakkını haiz değildir⁽⁷⁸⁾.

İhbar bankasının görevinin salt akreditifi ihbar etmekten ibaret olmasının önemli bir sonucu, belgelerin bu bankaya ulaştırılmasının akreditife hakim olan süreler üstünde hiçbir etkisinin olmayışdır. Bu bağlamda ihbar bankasının yardımcı banka olarak dahlinin bulunduğu akreditif işlemlerinin üçlü bir akreditif ilişkisinden pek farklı olmadığı da söylenebilir.

Uygulamada ihbar bankası, lehbarın amir bankaya göndereceği belgeleri incelemekte ve bunlarda göze çarpan aykırılıkları lehbara bildirmektedir. Bu incelemenin belgelerin ibrazı için öngörülen süreye etkisi olmayacağı, ihbar bankasının yapacağı incelemenin amir bankayı kesinlikle bağlamayacağı hususunda şüphe yoktur⁽⁷⁹⁾.

Lehbarı uyarma işlevinden bağımsız olarak, ihbar bankasının kendisine bildirilen akreditifin gerçek olup olmadığını kontrol hususunda makul bir özen göstermesi gerektiği de kabul edilir (YTU m.7-a). Gösterilmesi gereken dikkatin hukuki sebebi konusunda öğretide görüş birliğine varılmamış olsa da⁽⁸⁰⁾, bunun iyi niyet kuralından çıkan genel bir yükümlülük olduğunu söylemek mümkün görünmektedir.

b. Ödeme bankası

Ödeme bankası, dörtlü akreditif yapısı içinde (amir-akreditif bankası-yardımcı banka-lehbar) akreditif işleminin teknik anlamda icrasının bırakıldığı, belgeleri kabul ve ödemeyi yapmaya yetkili kılınan yardımcı banka niteliğindedir.

Ödeme bankasının ilk borcu, belgeleri kabul ve tetkik ediminin ifasıdır⁽⁸¹⁾. Lehbarla ödeme bankası arasında akdi ilişki bulunmaması nedeniyle ödeme bankasının belgelerin kabulü veya reddi hususunda vereceği karar akreditif bankasını bağlayacaktır⁽⁸²⁾. Buna paralel olarak akreditif bankası ile ödeme bankası arasındaki vekalet ilişkisinin kaçınılmaz bir sonucu da ödeme bankasının ancak vekilin özen borcuna uygun biçimde ifa ettiği kabul ve inceleme borcu neticesinde verdiği ödeme kararından

(78) İhbar bankasıyla lehbar arasında kural olarak akdi ilişki bulunmamasına rağmen uygulamada çoğu zaman belgeler amir bankaya ihbar bankası eliyle ulaştırılmakta, bu durumda lehbarla ihbar bankası arasında vekalet ilişkisi ortaya çıkmaktadır; bkz. KAYA, s.83

(79) GOTTRAU, s.65

(80) Doktrinde ihbar bankasının akreditifin gerçekliğinin kontrolü konusunda yüklendiği özen borcunun hukuki dayanağına ilişkin bkz. KAYA, s.83

(81) GOTTRAU, s.67; LOMBARDINI Carlo, *Droit et Pratique du Crédit Documentaire*, Schultess, Zurich 1994, s.75; TEVINI DU PASQUIER, s.215

(82) TEVINI DU PASQUIER, s.218

(83) TEVINI DU PASQUIER, s.222

dolayı akreditif bankasına başvurabilmesidir⁽⁸³⁾. Diğer taraftan, akreditifte öngörülen tüm koşulların yerine getirilmesine rağmen ödeme bankasının ödemeyi reddetmesi durumunda lehdar, aralarında akdî ilişki nedeniyle doğrudan akreditif bankasına belgeleri ibraz ederek ödeme talep edecektir. Ödeme bankasının haksız biçimde ödemeden kaçınması halinde de lehdarın zararlarının tazmini için başvurabileceği kişi münhasıran akreditif bankasıdır⁽⁸⁴⁾.

Akreditif bankasının borcu götürülmesi gereken borçlardan olduğu için, akreditife konu olan bedel lehdarın hesabına alacak kaydedilene kadar, risk akreditif bankası üstündedir; akreditif bankasının bedeli ödeme bankasında lehdarın tasarrufuna açık tutması, borcun ifası anlamına gelmez⁽⁸⁵⁾.

Ödeme bankası, lehdar tarafından ibra edilen belgeleri kabul ettiği takdirde bunları akreditif bankasına tevdi eder; akreditif bankası, YTU m.13'te öngörülen süre içinde belgelerin uygunluğunu bir kez de kendi denetler. Ancak bu denetim akreditifin gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğine ilişkin değil, ödeme bankasına akreditif bedelinin ramburse edilip edilmeyeceğine ilişkindir (YTU m.10, m.14-a, m.14-b).

Belgeleri alan akreditif bankası, bunların akreditife uygun olmadığı sonucuna varırsa vesaiki reddedebilir; bu durumda mümkün olan en süratli yollarla yardımcı bankaya bildirimde bulunmalıdır (YTU m.14-d/i.) Söz konusu bildiri, vesaikin ibraz edenin emrine hazır tutulduğu veya ona iade edilmekte olduğu bilgisini (YTU m.14-d/ii) içermelidir, aksi takdirde bunların akreditif şartlarına uygun olmadığını iddia etme imkanı ortadan kalkacaktır (YTU m.14-e).

Akreditif bankasının ödeme bankasıyla arasındaki ilişki bakımından, ikinci incelemenin önemi, akreditif işleminin 'bloke edilmesi veya devam ettirilmesi'⁽⁸⁶⁾ hususunda belirleyici olmasından ileri gelir. Zira yaptığı inceleme sonucunda belgelerin uygunluğuna hükmeden akreditif bankası, artık ödeme bankasına akreditif meblağını ramburse etmekten kaçınamayacaktır⁽⁸⁷⁾.

Bu bilgiler ışığında akreditif bankası ile ödeme bankası arasındaki ilişkide tarafların hak ve borçlarını dört ayırık durum altında incelemek mümkün görünmektedir.

• Ödeme bankası, vekilin özen borcuna uygun davranır ve akreditif şartlarına uygun belgeleri kabul ederse, akreditif bankasında hiçbir hukukî soruna mahal olmaksızın rambursman talebini yöneltecektir. (YTU m.10-d, m.14-a)

(84) Bu durum *res inter alios acta* (hukukî ilişki yalnız taraflarını ilgilendirir) prensibiyle açıklanabilir. Bu bağlamda lehdarın talebini aynı zamanda amire de yöneltebileceğinin kabulü gerekir.

(85) KAYA, s.86. Yargıtay, bir kararında aksi yönde görüş bildirmiş, bedelin muhabir banka nezdinde tutulmasının taraflar arasında 'kişisel bir ilişki' yarattığına hükmetmiştir (11 HD, E:1980/3185 K:1980/3644)

(86) TEVINI DU PASQUIER, s.151

(87) GOTTRAU, s.70

• Ödeme bankası vekilin özen borcuna uygun davranır ve fakat akreditif şartlarına uygun görünen, iğfal kabiliyeti yüksek, gerçeğe uygun olmayan belgeleri kabul ederse, akreditif bankasının da yapacağı inceleme sonucunda belgelerdeki aksaklık ortaya çıkmazsa ödeme bankası rambursmana hak kazanmış olacaktır (YTU m.14-e)⁽⁸⁸⁾. Akreditif bankasının incelemesi sırasında belgelerdeki uygunsuzluğu tespit etmesi halinde ne ödeme bankasının rambursmana hak kazanıp kazanamayacağı konusu, öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre YTU'nun getirdiği '*belgeler üstünden işlem*' prensibi gereği, görünüşte akreditif şartlarına uygun olan belgelerin sonradan gerçeği yansıtmadığı anlaşılsa da akreditif bankasının rambursman borcu ortadan kalkmaz; zira ödeme bankası belgeleri gerektiği biçimde incelemiştir⁽⁸⁹⁾. Diğer bir görüşe göre ise, akreditif bankasının belgelerdeki uygunsuzluğu fark etmesiyle birlikte ödeme bankasına rambursman borcu ortadan kalkacaktır⁽⁹⁰⁾.

• Ödeme bankasının özen borcuna aykırı davranması ve akreditife uygun olmayan belgeleri kabul etmesi halinde uygulanacak prosedürü iki başlık altında incelemek gerekir. İlk olarak akreditif bankasının belgeleri, akreditife aykırılıklarına rağmen, kabul ettiği hallerde ödeme bankasına karşı rambursman borcu altında olacağı muhakkaktır (YTU m.14-e). Öte yandan ödeme bankasının ibraz ettiği belgeleri kabul etmeyen akreditif bankası, buna bağlı olarak rambursmandan kaçınabilecektir⁽⁹¹⁾.

• Ödeme bankasının vekilin özen borcunu ihlaliyle birlikte akreditif şartlarına uygun belgeleri kabul etmesi durumu ise, aykırılık taşımayan belgelerin süresi geçtikten sonra kabulü gibi durumlarda ortaya çıkabilir. Bu halde de belirleyici olan, akreditif bankasının tutumu olacaktır; belgeleri kabul etmesi veya uygun zamanda reddetmemesi halinde ödeme bankası rambursmana hak kazanır, aksi takdirde rambursman talebinde bulunamayacaktır⁽⁹²⁾.

Ödeme bankasının akreditif bankasından hangi şartlarda rambursmana hak kazanacağını inceledikten sonra hangi anda bu hakkın doğacağı sorunu ortaya atılabilir. Akreditifin önemli işlevlerinden biri kredi sağlamak olduğuna ve bankanın asli edimi lehdara ödemede bulunmak olduğuna göre ödeme bankasının belgeleri kabul anında değil, fakat fiilen

(88) Akreditif bankasının belgelerdeki eksiklikleri bir kez kabul etmesi, onları gelecekte de aynı eksiklikleri kabul etme yönünde bağlamaz (ICC Official Opinion, R332, 1998/99)

(89) GOTTRAU, s.73. Yazara göre aksi yönde bir uygulama, ödeme bankasının haksız mağduriyetine yol açacaktır.

(90) TEVİNİ DU PASQUIER, s.215. Yazar YTU m.14-b, m.14-d ve m.14-e hükümlerini vekilin yaptığı harcamaların müvekkil tarafından kendisine ramburse edilmesi hükmünü getiren art.402 al.1 CO hükmüne göre *lex specialis* niteliğinde olduğunu, akreditif bankasının belgelerdeki gerçeğe aykırılıkları tesbit ederek rambursman borcundan kurtulacağını ileri sürmektedir.

(91) Akreditif bankasının ödeme yapma hususunda seçimlik hakkının bulunduğu söylenebilir, zira YTU m.9-a hükmü akreditif bankasına, m.14-d'deki şartları gerçekleştirme kaydıyla ödeme yağma hususunda takdir yetkisi sağlar. Akreditif amirinin belgelerdeki eksikliklere rağmen ödeme yapılması yolundaki talimatı dahi akreditif bankasını bağlamaz.(ICC Official Opinion, R254, 1997)

(92) GOTTRAU, s.74

lehdara ödemeyi yaptığı anda rambursmana hak kazanacağını kabulü gerekir⁽⁹³⁾.

c. Teyit bankası

Akreditif işlemine teyit bankası sıfatıyla giren yardımcı banka, sadece akreditif belgelerini kontrol ve şartları varsa kabul etme değil, aynı zamanda akreditif meblağını ödeme borcu altına da girer.

Teyit bankasının ödeme yükümlülüğünün hukukî mahiyeti konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Alman hukukunda kabul edilen görüşe göre teyit bankasının ödeme yükümlülüğü, akreditif bankasının eklenen, akreditif bankasının yükümünden bağımsız niteliktedir⁽⁹⁴⁾. Böylece akreditif bankası ile teyit bankası, lehdara karşı müteselsil borçlu sıfatını haizdir. Diğer bir görüşe göre⁽⁹⁵⁾ ise teyit bankasının akreditif işlemine dahil olmasıyla birlikte lehdar akreditiften doğan alacağını münhasıran teyit bankasından talep edebilecektir. Başka bir deyişle akreditif bankasının sorumluluğu ‘garanti’ye indirgenmiş bulunmaktadır. Türk hukukunda, genel olarak kabul gören görüş ise teyit bankasının akreditif bankasının yanında adeta ikinci bir akreditif bankası kimliğine büründüğü yolundadır⁽⁹⁶⁾. Bu bağlamda, akreditif ilişkisinde aslî edimi ifa ile yükümlü bulunan bankanın “teyit bankası” olduğu ve uygulanacak hukukun buna göre tespit edilmesi gerektiği yönündeki içtihadı⁽⁹⁷⁾ katılmaktayız.

Teyit bankasının akreditif bankasının üçlü bir akreditif ilişkisinde sahip olduğu borçların aynısına sahip olduğu söylenebilir⁽⁹⁸⁾. Teyit bankası, YTU m.13-b ve 14-d sürelerine uyarak lehdarın kendisine ibraz edeceği belgeleri dikkatlice incelemek, bunları kabul veya reddetmek edimlerini yüklenir. Belgeleri kabul etmesi halinde bunları akreditif bankasına tevdi borcu bulunurken bunları reddetmesi durumunda yine YTU m.14-d/ii hükmüne uygun biçimde hareket etmelidir.

Teyit bankası, tıpkı ödeme bankası gibi vekaletten doğan özen borcunu yerine getirdiği takdirde akreditif bankasından rambursman talebinde bulunacak, ayrıca kendisine komisyon verilmesini de isteyebilecektir.

D. Lehdar

Lehine akreditif açılan şahıs, lehdardır. Akreditif lehdarı, ancak akreditifte belirtilen belgeleri eksiksiz biçimde ibraz etmek suretiyle bedele

(93) TEVİNİ DU PASQUIER, s.220; GOTTRAU, s.75. İsviçre Federal Mahkemesinin aksi yönde bir karar için bkz. ATF 90 II 302

(94) Alman hukukunda bu görüşteki yazarlar ve bunların incelemesi için bkz KAYA, s.87

(95) KAYA, s.88

(96) “[...]Teyitli akreditifte akreditif bankasının yanında teyit bankasının bağımsız ve aslî yükümlülüğü doğar. Aynı akreditif bankası gibi lehdara karşı, mücerret, aslî ve bağımsız bir borç taahhüdü altına girer. Yani ikinci bir akreditif bankası gibidir.” 12.HD., 14.11.2000, 16851/17973, YKD, Mart 2001, sh.377; REİSOĞLU Seza, Hukukî Açidan Akreditif ve Uygulama Sorunları, TBB Semineri, 10.03.2005, <http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans/SR-Konferans-Seza.doc>

(97) Konuya ilişkin daha ayrıntılı bir inceleme için bkz. ATF 119 II 173

(98) GOTTRAU, s.77

hak kazanır. Lehdarın belgeleri amire doğrudan ibraz etme hakkı olmadığı gibi, bunu yaptığı takdirde amir, belgeleri reddedebilir⁽⁹⁹⁾. Bu bağlamda lehdar ilk önce bankaya başvurmalı, ancak bankadan akreditifte öngörülen meblağı tahsil edememesi halinde amire başvurmalıdır. Temel sözleşmenin akdedilmesiyle lehdarın alacağını alması arasında geçen süre boyunca, amirin borcunun askıda olduğu, belgelerin ibrazı şartının gerçekleşmesiyle borcun muaccel hale geldiği söylenebilir.

Lehdarın akreditif amirinden olan alacağı, akreditif meblağının ödenmesiyle son bulur. Burada önemli olan husus, lehdarın fiilen parayı almasıdır; bankanın hesaba parayı geçirmesi ancak lehdar parayı tahsil edemeden bankanın iflas etmesi halinde borcun ifa edildiği iddia edilemez⁽¹⁰⁰⁾.

III. Akreditif Türleri

A. Sorumluluk Kistasına Göre Akreditif Türleri

1. Dönülemez akreditif

Akreditif lehdarının akreditifte öngörülen şartları (istenen belgelerin eksiksiz ibrazı) süresi içinde yerine getirdiği takdirde akreditif bankasının kesin olarak ödeme borcu altına girdiği akreditif türüdür. Şayet lehdar için bedelin tahsili yanında akreditifin kredi fonksiyonu da ön planda ise dönülemez bir akreditifi tercih edecektir⁽¹⁰¹⁾. Dönülemez akreditif üstünde değişiklik yapılması, işleme katılan tarafların tümünün onayıyla mümkündür (YTU m.9-a).

Dönülemez akreditif, işleme katılan yardımcı bankanın işlevine göre teyitli ve teyitsiz olabilir.

a. Teyitli dönülemez akreditif

Akreditif işlemine katılan yardımcı bankanın teyit vermesi suretiyle ortaya çıkan akreditif türüdür. Akreditifin teyitli olması için akreditif bankasının yardımcı bankayı bu hususta ayrıca yetkilendirmiş bulunması veya ona talimat vermesi gerekir (YTU m.10-b)^(102, 103).

İkinci bankanın akreditifi teyit etmesi durumunda bu bankanın belgelerin ibrazı durumunda rambursman olanaklarını araştırmadan lehda-ra ödeme yapma yükümlülüğü altına gireceği unutulmamalıdır. Satıcının hukukî bakımdan oldukça korunduğu teyitli dönülemez akreditif, özellik-

(99) LOMBARDINI, s.345

(100) LOMBARDINI, s.345

(101) KAYA, s.12

(102) Öte yandan, haklı olarak, akreditif bankasının yetkilendirme veya talimatının olmadığı durumlarda da lehdar ile anlaşılan ikinci bankanın teyitte bulunabileceği belirtilmiştir. (KAYA, s.14). Teyit veren banka, çoğu kez lehdarın ülkesinde, ona güven veren ve akreditif bankasının yanında teminat sağlayan bir banka olduğuna göre doktrinde ileri sürülen bu son görüşe katılmamak olanaksızdır.

(103) Akreditif işleminde teyit bankasının hukuki durumu için bkz. Bölüm II.C.2.c

le sipariş üzerin yapılan özel üretimlerde satıcıların kullanmasının isabetli olacağı akreditif türüdür⁽¹⁰⁴⁾.

b. Teyitsiz dönülemez akreditif

Bu akreditif türünde, yardımcı banka, akreditif işlemine sadece ihbar bankası olarak katılır; akreditif metninde belirtilen bedelin ödenmesi hususunda hiçbir taahhüt altına girmez⁽¹⁰⁵⁾. Lehdar ile yardımcı banka arasında sözleşmesel ilişki bulunmaz.

Yardımcı bankanın ödeme bankası olması, yani akreditif bankası tarafından ödemede bulunma hususunda yetkilendirilmesi durumunda da teyitsiz bir akreditifin varlığından söz edilir. Nitekim bu son halde, ödeme bankası herhangi bir ödeme yükümlülüğü altına girmemekte, ödeme yapma yetkisine kavuşmaktadır.

Her ne kadar ödeme bankasının akreditif işlemine katılması, lehda- rın ödeme konusunda tam bir güvenceye kavuşmasını sağlamasa da mal- ların gönderilmesi ve teslimine ilişkin risklerin geçişi ve belge ibraz süre- leri bakımından önemli avantajlar sağlayacağı muhakkaktır⁽¹⁰⁶⁾.

2. Dönülebilir akreditif

Dönülebilir bir akreditif, lehda- ra önceden bildirimde bulunulmaksızın, herhangi bir anda değiştirilebilen veya iptal edilebilen akreditif türüdür (YTU m.8-a). Böylece dönülebilir akreditifte işlemin geçerliliği, amir bankanın bozucu yenilik doğuran irade beyanına bağlanmıştır.

Dönülebilir akreditif hususunda en önemli nokta, bankanın bu hakkını en geç ne zaman kullanabileceğidir. Ticarî hayatta müşterisine karşı sorumlu olan bankaların karşı tarafa zarar verici uygulamalar içine girmesi bir taraftan uluslararası ticareti baltalayacak⁽¹⁰⁷⁾, diğer taraftan hukukî planda hakkın kötüye kullanılması kurumunun sınırlamalarına tâbi olacaktır. Teknik olarak bakıldığında ise, bankanın dönme beyanını en geç akreditiften doğan borcunun ifası anına kadar kullanılabileceği kabul edilmelidir⁽¹⁰⁸⁾; YTU'nun lafzına göre herhangi bir zamanda dönme, borcun ifası anına kadar olan zaman aralığının tamamını kapsayacak görünüm- dedir.

Dönülebilir akreditifin uygulanma alanı için öğretilen klasik örnek ise, malların alıcı tarafından kontrol edilmesinden sonra ödeme ya-

(104) ÖZEL, s.29

(105) Ancak uygulamada muhabir banka (ihbar bankası) çoğu zaman lehda- ra ödemede bulunmakta, bu ödeme 'avans' olarak nitelenmektedir. Söz konusu ödemenin ihbar bankasıyla lehda- r arasında kredi sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir (KAYA, s.13)

(106) Ödeme bankası için ayrıca bkz. Bölüm II.C.2.b

(107) Bankaların müşterisine karşı olduğu gibi lehda- ra karşı da dürüstlük içinde hareket etmesi gerektiği kabul edilmelidir (ÖZEL, s.26)

(108) KAYA, s.15

pılması halidir. Böylece ilk sevkiyattaki mallar beğenilmezse, alıcı diğer sevkiyatları engellemek için akreditifi iptal eder⁽¹⁰⁹⁾.

Ayrıca YTU m.6-c hükmüne göre açıkça belirtilmediği durumlarda, 400 sayılı YTU'nun aksine akreditifin dönülemez olduğunun kabulü gerekir. Kanaatimizce de satıcı için oldukça risk taşıyan dönülebilir akreditifin uygulanmasının, bunun akreditif metninde açıkça belirtilmesine bağlanması isabetli bir yaklaşımdır.

B. Ödeme Şekline Göre Akreditif Türleri

1. Görüldüğünde akreditif

Görüldüğünde akreditif, lehdarın akreditifte öngörülen belgeleri akreditifi gerçekleştirecek bankaya⁽¹¹⁰⁾ ibrazı ve bankanın bunların geçerliliğini tespitinden sonra derhal meblağın ödenmesi gereken akreditif türüdür. Bankanın belgeleri kabulden önce, inceleme safhası için makul bir süre isteyebileceği kabul edilmelidir (YTU m.13-b)⁽¹¹¹⁾.

Görüldüğünde akreditifte, böylece karşılıklı edimlerin ifası belirli bir sıra ile gerçekleşir; uygulanması en kolay olan ve en çok rastlanan akreditif türü budur⁽¹¹²⁾.

2. Ödemesi ertelenmiş akreditif

Normal olarak akreditifte, belgelerin ibrazı ile ödemenin yapılması birbirini takip eden karşılıklı edimlerdir ve bunlar arasındaki zaman aralığı bankanın belgeleri tetkik için harcadığı zamandan ibarettir. Ancak bazı hallerde, ödemenin belgelerin ibrazından sonra yapılması kararlaştırılabilir.

Ödemenin ertelendiği akreditif türünde akreditif amiri oldukça avantajlı bir konumdadır; zira bu durumda edimler pey der pey (*trait pour trait*) ifa edilmeyecek, amir belgeleri ve dolayısıyla malları ele geçirdikten belli bir süre sonra ödemede bulunacaktır. Böylece arada kalan zamanda finansman sağlama imkanı olduğu gibi malları satıp borcunu ödeme olanına da kavuşacaktır⁽¹¹³⁾. Ayrıca ödemenin yapılmasından önce malları muayene etme imkanı bulunan akreditif amiri, lehdarın hilesi halinde akreditif meblağının ödenmesini engelleyebilecektir⁽¹¹⁴⁾.

(109) ŞANLI/EKŞİ, s.83; EKİCİ, s.32; BAĞRIAÇIK Atilla, *Uygulamalı Dış Ticaret İşlemleri*, İstanbul 1998, 5.bası, s.130

(110) Duruma göre amir banka, ödeme bankası veya teyit bankası olabilir.

(111) GOTTRAU, s.23. Bu nedenle ödemenin belgelerin ibrazını takiben derhal yapılması gerektiği yolundaki görüşe katılmak mümkün değildir. Eleştirilen görüş için bkz. KAYA, s.15

(112) TEVİNİ DU PASQUIER, s.56; GOTTRAU, s.23

(113) ATF 122 III 73; ATF 100 II 145

(114) TEVİNİ DU PASQUIER, s.62-63; LOMBARDINI (1994), s.20. Ancak unutulmaması gerekir ki ödemesi ertelenmiş akreditifin amacı malların muayenesi için amire imkan yaratmak değildir; böyle bir yaklaşım akreditifin soyut karakteriyle bağdaşmaz (ATF 100 II 45). Bu tür akreditif, hileli uygulamaların daha yaygın olduğu gelişmekte olan ülkelerle yapılan ticarete gün geçtikçe daha yaygın olarak kullanılmaktadır (GOTTRAU, s.25).

3. Kabul akreditifi

Kabul akreditifinin sözkonusu olduğu durumlarda amir banka veya teyit bankası, lehdar lehine olan ve üstlerine çekilmiş poliçeyi kabul eder ve vadesinde ödeme yükümlülüğü altına girer. Kabul akreditifi kurumu, YTU m.9-a/iii ve 9-b/iii hükümlerinde düzenlenmiştir.

Kabul akreditifinde de ödemesi ertelenmiş akreditifte olduğu gibi lehdar, belgelerin bankaya teslimi anında değil fakat aradan belli bir süre geçtikten sonra para alacağını tahsil edebilmektedir. Ancak iki tür arasındaki fark, kabul akreditifinde lehdarın banka kabulünü elde etmesi ve poliçeyi ciro yoluyla tedavüle koyabilmesidir⁽¹¹⁵⁾. Ayrıca lehdarın poliçeyi iskonto ettirerek alacağına hemen kavuşması imkanı da mevcuttur⁽¹¹⁶⁾.

4. İştirak akreditifi

Bankanın lehdar tarafından çekilen poliçeler ve akreditif altında belirtilen belgeler karşılığında iyi niyetli hamiller veya poliçeyi keşide edenlere ödeme yapma yükümlülüğü altına girdiği akreditif türüdür (YTU m.9-a/iv, m.9-b/iv). İştirak, iştiraya yetkili kılınan banka tarafından poliçelerin veya vesaikin değerinin verilmesi anlamına gelir, belgelerin sadece incelenmesi iştirak anlamına gelmez (YTU m.10-b/ii)⁽¹¹⁷⁾.

İştirak akreditifi, kabul akreditifi ile temelde benzerlik taşır, ondan ayrıldığı nokta ise ya görüldüğünde ödenecek olması ya da vade içermesine rağmen görüldüğünde iskonto edilmesidir⁽¹¹⁸⁾.

Lehdarın poliçeyi iştirak ettirebileceği banka/bankaların belirlendiği durumlarda *special letter of credit*, lehdarın bu hususta serbest olduğu akreditiflere ise *circular letter of credit* denmektedir.

C. Diğer Akreditif Türleri

1. Yenilenen akreditif⁽¹¹⁹⁾ (*revolving L/C, crédit renouvelable*)

Havi olduğu borçların dönemsel edimlerle ifası mümkün olan borç ilişkileri için açılan akreditif türüdür. Bu ilişkilerde normal olarak her dönemsel edimin ifası için ayrı bir akreditif açılması mümkünken, taraflar kendiliğinden yenilenen bir akreditif açarak önceden sözleşmeden doğan para borcunun tamamı yerine, her bir dönemsel edimin ifası karşılığında buna tekabül eden miktarın ödenmesini sağlayabilirler.

(115) LOMBARDINI (1994), s.23; TEVINI DU PASQUIER, s.59; GOTTRAU, s.26

(116) İskontoda ortaya çıkacak masraflar ve iskonto farkında doğan zarar, işlemin doğası gereği lehdar üstündedir.

(117) İştiradan bahsedebilmek için iştirak bankasının fiilen ödemede bulunması gereklidir, başka bir deyişle iştirak bankasının poliçe ve diğer vesaiki 'satın alması' lazım gelir (GOTTRAU, s.26).

(118) KAYA, s.17

(119) Aynı kurumu ifade etmek üzere uygulamada 'rotatif akreditif', 'döner akreditif' tabirleri de kullanılmaktadır.

Yenilenen akreditifin en önemli özelliği, yenilenen her akreditifin öncekiyle aynı şartlarla ortaya çıkması ve bu işlemin kendiliğinden tekrarlanmasıdır. Yenilenme, taraflar tarafından bir kıstas çerçevesinde sınırlandırılmalıdır; sonsuza kadar kendini yenileyen bir akreditif olamaz. Söz konusu sınırlama belli bir süre olabileceği gibi önceden tespit edilen bir miktara ulaşılması şeklinde de ortaya çıkabilir. Toplam miktar tespit edildiği hallerde, kümülatif olan ve olmayan iki yenilenen akreditif türünden de bahsedilebilir: 'kümülatif yenilenen akreditif'te kullanılmayan akreditif bir sonraki döneme devrederken 'kümülatif olmayan yenilenen akreditif'te böyle bir imkan mevcut değildir⁽¹²⁰⁾.

2. Devredilebilir akreditif (Transferable L/C)

Devredilebilir akreditif, ilk lehdarın ödemeye, vadeli ödeme yükümlülüğüne girmeye, poliş kabul etmeye veya iştirada bulunmaya yetkili kılınmış bankadan veya serbestçe iştirada edilebilir nitelikteki bir akreditifte 'devreden banka' olarak açıkça yetkili kılınmış bir bankadan (*devir bankası*)⁽¹²¹⁾ bu akreditif kısmen veya tamamen bir veya birden fazla lehdarın kullanımına hazır hale getirmesini isteyebileceği akreditif türüdür (YTU m.48-a). Böylece sözleşmeye konu olan malı kendisi üretmeyen ancak başka bir şahıstan sağlayan ilk lehdar, haklarını söz konusu sağlayıcıya devretme olanağına kavuşmaktadır; ikinci lehdar (*sağlayıcı*), bankaya karşı doğrudan hak iktisab etmiş olmaktadır⁽¹²²⁾.

Akreditif kural olarak devredilebilir nitelikte değildir, devredilebilirlik niteliğini kazanması için akreditif metninde bunun açıkça belirtilmesi gerekir (YTU m.48-b). Ayrıca bir akreditif sadece bir kez devredilebilir, ancak ilk lehbara tekrar devredilmesi ikinci devir sayılmaz (YTU m.48-g). Devir şartları devir bankası tarafından belirlenir (YTU m.48-c); devir bankasının bu hususta yetkisi mevcuttur, yoksa devri gerçekleştirme konusunda bir yükümlülüğü yoktur. Bunun dışında sigorta kapsamının tabi olacağı yüzde, asıl akreditifte şart koşulan kapsam tutarına ulaşacak biçimde arttırılabilir. İlk lehdarın ismi de akreditif amirinin isminin yerine konulabilir⁽¹²³⁾.

(120) LOMBARDINI(1994), s.12; GOTTRAU, s.28

(121) Eğer bu işlemler bizzat akreditif bankası tarafından yapılacaksa, söz konusu banka 'devir bankası' olarak adlandırılacaktır.

(122) GOTTRAU, s.29

(123) Aracı olarak hareket eden ilk lehdarın aldığı komisyon miktarının ikinci lehdar tarafından öğrenilmemesi, faturada değişiklik yapılmasına bağlıdır. İkinci lehdarın düzenlediği faturada ithalatçı olarak orijinal akreditifteki lehdarın ismi yer alır; orijinal akreditif lehdarı, bu faturayı alır, mal bedelinin yüksek olduğu ve satıcı olarak kendisinin görüldüğü faturayı bankaya ibraz eder (BAĞRIACIK Atilla/KANTEKİN Seyfettin, Dış Ticarete Uygulamalı Akreditif İşlemleri, İstanbul 1995, s.102). Amaç, malların üreticisinin aracının aldığı komisyon miktarını öğrenememesi ve sonraki satımlarda onu devreden çıkarmaya çalışmasının engellenmesidir (ŞANLI/EKŞİ, s.86). Dolayısıyla ilk faturada değişiklik yapılmasının ticaret uygulamasının getirdiği bir zorunluluk olarak ortaya çıktığı, bir zorunluluk olmadığı açıktır; aldığı komisyonun ortaya çıkmasında çekinmeyen ilk lehdar, faturada değişiklik yapma yoluna gitmeyecektir.

Akreditif devriyle lehdar böylece, akreditifi ikinci lehdara devrederek hem bir kazanç payı elde etme imkanına kavuşmakta, ayrıca provizyon dışında kalan masrafları ödemekten de kurtulmaktadır⁽¹²⁴⁾.

3. Ard arda akreditif (Back to back L/C)

Akreditif ilişkisine temel teşkil eden ilişkideki satıcı, birçok olayda aynı zamanda malların üreticisi konumunda değildir. İşte bu hallerde başvurulabilecek ödeme yöntemlerinden biri de ard arda akreditiftir. Arda arda akreditifte, satıcı, alıcı tarafından lehine açılmış devredilebilir bir akreditifin lehdarı olmadığından, finansman yaratmak amacıyla sağlayıcısı lehine ard arda akreditif açtırır⁽¹²⁵⁾. Böylece devredilebilir akreditiften farklı olarak birbirinden bağımsız iki akreditif işlemi söz konusudur; ilki alıcı tarafından ikincisi ise satıcı tarafından açılmıştır.

Ard arda akreditifte karışıklıkları önlemek için her iki akreditifin, vade⁽¹²⁶⁾, amirler, ve akreditif tutarı⁽¹²⁷⁾ dışındaki şartlarının aynı olması beklenir.

4. Kırmızı kayıt taşıyan akreditif (Red clause L/C)

Kırmızı kayıtlı akreditif, satıcının malların imali aşamasında finansman ihtiyacı bulunduğu durumlarda kullanılan, mal bedelinin malı temsil eden belgelerin tesliminden önce ödenmesi şartını taşıyan akreditif türüdür. Bu tür akreditif, satıcı ile alıcı arasındaki güven ilişkisinin ürünü olarak kabul edilir⁽¹²⁸⁾ ve akreditif metnindeki ibarenin dikkat çekmesi amacıyla kırmızı mürekkeple yazılması nedeniyle bu ismi almıştır⁽¹²⁹⁾.

5. Teminat akreditifi (Stand-by L/C)

Bankaların *ultra vires* öğretisi gereği ve ulusal mevzuatları çerçevesinde yurt dışına teminat mektubu vermelerinin yasak olduğu Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında ortaya çıkan bu müessesede banka, amirin lehdara karşı yüklediği edimi ifa etmemesi halinde devreye girerek ödemeyi gerçekleştirmektedir. Akreditif kurumuyla yöntem bakımından benzerlikler taşısa da aslında teminat akreditifi, amaç itibarıyla bu son kurumdan ayrılır: Akreditifte amaç, belgeler karşılığında ödemenin yapılması suretiyle edimleri ifasında eşzamanlılık yaratmaktır, ancak teminat akreditifinin amacı lehdarın sözleşmeye aykırılıkların zararlarından korunması olarak ortaya çıkar⁽¹³⁰⁾. Bu nedenle de teminat akreditifinde bankalar daha ciddi yükümlülük altına girerler⁽¹³¹⁾.

(124) Ayrıca akreditifin devrinin hukukî niteliği ve tarafların hak ve borçlarının Alman hukukuyla mukayeseli olarak incelemesi için bkz. KAYA, s.207 vd.

(125) GOTTRAU, s.29; ŞANLI/EKŞİ, s.87. Ard arda akreditif en çok transit ticarete kullanılır; malın imalatçısı ile satıma aracılık eden kişiler ayrı ülkelerde (BAĞRIAÇIK/KANTEKİN, s.104)

(126) LOMBARDINI (1994), s.188

(127) İkinci akreditifin tutarı birinciden daha az olacaktır, aradaki fark komisyon olarak akde aracılık eden tarafa aittir.

(128) ŞANLI/EKŞİ, s.90

(129) EKİCİ, s.35

(130) LOMBARDINI, s.321

(131) ŞANLI/EKŞİ, s.91

YTU kapsamında düzenlenen akreditiflerden amaç ve uygulama bakımından ayrılan teminat akreditifi, MTO'nun 1998 tarihli *uluslararası Standby Uygulamaları* ile hüküm altına alınmıştır.

IV. Akreditifte Kullanılan Belgeler

Akreditifte belgeler üstünden yürütülen bir işlem olduğundan belgelerin özel bir önemi olduğu muhakkaktır. Bu bağlamda MTO, belgeler konusunda özel düzenlemeler getirmiştir (YTU m.23-m.29). Belgelerin herbirinin tek tek incelenmesinden ziyade isimlerinin zikredilerek konuya genel bir bakış kazandırılmaya çalışılacaktır.

A. Taşıma Belgeleri

Taşıma belgeleri ile ilgili YTU hükümlerinde kabul edilen genel prensip, bunların belli bir şekil veya isim altında düzenlenmiş olmasına bakılmaksızın içeriklerinin dikkate alınacağıdır. Taşıma karayolu, denizyolu, iç sular, havayolu veya bunların kombinasyonlarında oluşan şekillerde gerçekleşebilir. Ayrıca taşıyıcının kim olabileceği konusunda da hiçbir sınırlama mevcut değildir⁽¹³²⁾.

Akreditif işlemlerinde kullanılan belli başlı taşıma belgeleri şunlardır:

- Deniz/Okyanus konişmentosu (YTU m.23)
- Ciro edilemez nitelikte deniz yolu taşıma senedi (YTU m.24)
- Charter party konişmentosu (YTU m.25)
- Multimodal taşımaya ilişkin belge (YTU m.26)
- Havayolu taşıma belgesi (YTU m.27)
- Karayolu, su yolu ve demiryolu taşıma belgeleri (YTU m.28)
- Kurye ve posta makbuzları (YTU m.29)
- Navlun komisyoncuları tarafından düzenlenen taşıma belgeleri (YTU m.30)

B. Fatura

YTU m.37-a hükmüne göre faturalar dış görünüşü itibariyle akreditifte ismi belirtilen lehdar tarafından ve akreditif amiri adına düzenlenen, imzalanmalarına gerek olmayan senetlerdir. Fatura, temel ilişki ve akreditiften kaynaklanan edimlerin ifasının gerçekleştiğine dair lehdarın irade açıklamasıdır ve taraflar arasında gerçekleşen ilişkiyi doğru ve kesin olarak yansıtmalıdır⁽¹³³⁾.

Akreditifte aksine hüküm olmadığı müddetçe bankalar akreditifte izin verilen tutarı aşan faturaları reddedebilir (YTU m.37-b). Ayrıca akreditifte belirtilen malın faturada belirtilenle aynı olması gerekir.

(132) Öte yandan taşımayı sadece organize eden ve risk üstlenmeyen kişilerin düzenlediği senetler taşıma senedi kabul edilemez (LOMBARDINI, s.363; YTU m.30)

(133) LOMBARDINI, s.364)

C. Sigorta Belgeleri

Uluslararası ticarete malların uzun süreli ve farklı aşamalardan geçen taşıma süreçleri boyunca hasara uğraması, çalınması, eksilmesi veya kullanılmaz hale gelmesi her zaman imkan dahilindedir. Bu nedenle uluslararası ticarete sigortanın özel bir önem taşıdığı söylenebilir.

Akreditif belgeleri arasında sayılan sigorta belgeleri, dış görünüşleri itibarıyla sigorta şirketleri, sigortacılar veya acenteleri tarafından düzenlenmeli ve imzalanmalıdır (YTU m.34-a). Ayrıca aksine sözleşme olmadıkça malların sevk, yüklenme veya teslim alınma tarihinden sonraki tarihi taşıyan sigorta belgeleri kabule şayan değildir (YTU m.34-e). Sigortanın kapsamı hususunda getirilen kurala göre ise, akreditifte aksine şart olmadığı takdirde asgari kapsam malların CIF veya CIP değerinin %10 fazlası olmalıdır (YTU m.34-f/ii). Sigorta kapsamının türleri m.35-a, tüm risklere karşı sigorta da m.36 kapsamında hüküm altına alınmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM VESAİK MUKABİLİ ÖDEME

I. Teorik Çerçeve

A. Tanım

uluslararası ticarete oldukça yaygın olarak kullanılan vesaik mukabili ödeme yöntemi, satıcının satıma konu olan malları gönderdiğine ilişkin belgelerin, semenin ödenmesi şartıyla alıcıya teslim edilmesi esasına dayanır. Vesaik mukabili ödemede banka, semeni tahsil ettikten sonra belgeleri alıcı tarafa verir.

B. Vesaik Mukabili Ödemede Uygulanacak Hukuk

Uluslararası ticarete yaygın olarak kullanılan vesaik mukabili ödeme, MTO'nun Tahsiller İçin Yeknesak Kurallar (*Uniform Rules for Collections*) adı altında 1978 yılında hazırladığı broşürle düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu kurallar 1995 yılında gözden geçirilmiş ve halen yürürlükte olan 522 sayılı broşürde yer almıştır.

522 sayılı broşürde yer alan kuralların uygulanabilme şartı, yine aynı broşürde, tahsil talimatında (m.4) bu kuralların uygulanacağı hususunda açıklık bulunmasına bağlanmış, ulusal mevzuatlara aykırılık teşkil etmemesi halinde tüm taraflar için bağlayıcı olacağı belirtilmiştir (m.1). Buna göre TYK'nın uygulanacağı işlemler, mali ve ticari belgelere ilişkin (m.2-b) olarak ödemenin veya kabulün sağlanması, ödeme veya kabul karşılığında belgelerin teslimi veya diğer başka şartlara bağlı olarak belgelerin teslimi için bankalarca işleme alınması olarak düzenlenmiştir.

C. Vesaik Mukabili Ödemede Taraflar

İşlemin tarafları TYK m.3 hükmünde belirlenmiştir. Buna göre belge karşılığı ödemede beş taraf bulunur: *amir, gönderi bankası, tahsil banka-*

şı, *ibraz bankası ve muhatap*. Öte yandan uygulamada tahsil bankası ile ibraz bankası genellikle aynı banka olduğu için dört taraflı bir hukukî işlem ortaya çıkmaktadır⁽¹³⁴⁾. Tarafların üstlendikleri görevler şunlardır:

- *Amir*: Amir, bir tahsili işleme alması için bankaya başvuran taraftır (m.3-a/i). Ticarî ilişkide amir, malların satıcısıdır.

- *Gönderi Bankası*: Amirin tahsil işlemi ile görevlendirdiği bankadır. 'Tahsile gönderen banka' olarak da adlandırılır (m.3-a/ii).

- *Tahsil Bankası*: TYK'ya göre tahsil bankası, tahsil işleminin yürütülmesinde devreye sokulan ve gönderi bankası dışında kalan herhangi bir bankadır (m.3-a/iii). Tahsil bankası, amirin talimatı üzerine gönderi bankasının kullandığı bankadır; tahsil bankasının seçimi TYK kapsamında amirin ihtiyarına bırakılmıştır. Ancak böyle bir talimat vaki değilse, gönderi bankası ödeme, kabul ve diğer şartların sağlanacağı ülkede kendisinin veya diğer bir bankanın seçimiyle belirleyeceği herhangi bir bankayı kullanma hakkını haizdir (m.5-d).

- *İbraz Bankası*: Bu banka, muhatap için belgeleri hazır bulunduran bankadır. Genellikle ibraz bankası ile tahsil bankası aynı olmasına rağmen tahsil bankasının ödemenin yapılacağı ülkede olmaması halinde ibraz bankası olarak başka bir bankanın devreye sokulması mümkündür⁽¹³⁵⁾. Gönderi bankası hiçbir bankayı ibraz bankası olarak seçmezse, tahsil bankası kendi seçtiği bir bankayı ibraz bankası olarak kullanabilir (m.5-f).

- *Muhatap*: Tahsil talimatı uyarınca kendisine ibrazda bulunulacak olan kişidir (m.3-b).

II. Belge Karşılığı Ödeme İşleminin İşleyişi

Ödemenin belge karşılığı yapılması için herşeyden önce tarafların bu yönde anlaşmaları gerekir. Daha sonra satıcı, sattığı mallarla ilgili belgeleri kendi bankasına tevdi eder ve bankadan bunların alıcıya iletilmesini ister. Son olarak satıcının bankası, bu belgeleri tahsil emri ekinde alıcının bankasına gönderir; bu emirde belgelerin bedel ödendikten sonra alıcıya teslim edilmesi gerektiği belirtilir. Tahsil emri iki şekilde olabilir: ilk ihtimal, belgelerin ödeme karşılığında teslimi, ikincisi ise ileri tarihli bir poliçenin muhatap tarafında kabulüne bağlı teslimidir.

Belgelerin teslimi ödeme karşılığında gerçekleşiyorsa alıcı, kararlaştırılan bedeli ödemededen mallara ilişkin belgeleri alamayacağı için malları da hakimiyeti altına alamayacaktır (m.7-a). Böylece amir korunmuş olmaktadır.

Şayet belgelerin teslimi poliçe kabulüne bağlanmışsa, amir, muhatapın ibraz bankasına gelip kabul etmesi için malların satım bedeli tutarın-

(134) ŞANLI/EKŞİ, s.76

(135) ŞANLI/EKŞİ, s.76

da bir poliçe keşide eder, poliçeyi diğer belgelerle birlikte gönderi bankasına verir. Gönderi bankası da bu belgeleri ibraz bankasına tevdi eder. Mallara ilişkin belgeleri almak isteyen muhatap poliçeyi kabul ile birlikte belgeleri alır ve dolayısıyla mallara ulaşır. belge karşılığı ödeme işleminin amiri, poliçeyi muhatabın kabulü dışında ayrıca bankanın da aval vermesi şartını da isteyebilir⁽¹³⁶⁾ (m.7-b, m.7-c). Böyle bir şartın olmaması halinde ise belgelerin ödeme karşılığında serbest bırakılacağı kabul edilir.

Tahsil bankası, tahsil edilen parayı, komisyon ve masrafları mahsup ettikten sonra gönderi bankasına iletir, gönderi bankası da bu parayı amirin kullanımına hazır tutar (m.16-a, m.16-b).

III. Bankaların Belge Karşılığı Ödeme İşleminde Doğan Sorumlulukları

Bankaların sorumluluklarına ilişkin genel bir hüküm TYK m.9'da yer alır. *'İyi niyet ve yeterli özen'* başlığını taşıyan madde, bankaların sorumluluğunu daraltmış, yeterli bir özenin bankayı sorumluluktan kurtaracağı hükmünü getirmiştir. Yeterli özenin derecesi kanaatimizce akreditifte bankanın belgeleri inceleme yükümlülüğünden de dar olarak yorumlanabilir; zira belge karşılığı ödemede akreditiften farklı olarak bankanın fiiliyle işlemin amiri bir borç altına girmemekte, banka sadece belgeleri gönderme işlemini gerçekleştirmektedir. Başka bir deyişle bankanın işlevi aracılık yapmaktan ibarettir.

Bankalar, belgeleri aldıkları gibi ibraz ederler (m.5-c). Ayrıca bankalar belgelerin geçerliliğine ilişkin sorumluluk almazlar, biçim, yeterlilik, doğruluk, sahte olup olmadığı gibi hususlarda hiçbir sorumlulukları olmadığı gibi belgelerde yer alan veya sonradan eklenen genel veya özel şartlar nedeniyle de hiçbir yükümlülük altına girmezler. Ayrıca malların niteliklerine ilişkin hiçbir sorumlulukları da yoktur; satım işlemine herhangi bir şekilde dahil olan kişilerin eylem ve işlemleri nedeniyle de bankaların mesuliyeti söz konusu olamaz (m.13). Bankalar, belgelerde gecikme yaşanması, yolda kaybolmaları, çevirisinde yapılan hatalar nedeniyle TYK m.14 kapsamında hiçbir sorumluluk üstlenmezler. Mücbir sebep hallerinde de bankalar için sorumluluktan kurtulma rejimi m.15 hükmünde açıkça ifade edilmiştir.

belge karşılığı ödemede bankaların böylesine geniş bir korumadan yararlanmaları dikkat çekicidir. Hatta bankaların belgelerin gönderilmesi sırasında oluşabilecek aksaklıklardan ve belgelerin kaybolmasından dolayı da sorumluluk altında olmayacağını ifade eden TYK m.14 hükmü, kanaatimizce vekilin özen borcu altında hareket yükümlülüğü bulunan bankalar için sorumluluk rejimini haddinden fazla sınırlamaktadır. Vekilin hafif kusurundan doğan borcunu bertaraf etmek mümkün olsa da

(136) BAĞRIACIK/KANTEKİN, s.71

ağır kusur halinde bankanın sorumluluğunun olmadığını iddia etmek mümkün değildir.

SONUÇ

Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında küresel ekonominin gelişimiyle hukuk uygulamasında kendine daha geniş bir yer edinen uluslararası ticaret ve bunun getirdiği karmaşık yapı, gerek söz konusu ilişkilerin düzenlenmesi sırasında gerek bu ilişkilerin yürütülmesinde gerekse bahsi geçen ilişkilerden doğan sorunların giderilmesinde kendine has yöntemler ve kuralların uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Zira aynı ülkenin içinde faaliyet gösteren tacirler arasındaki ticari münasebetlerin sağladığı birtakım avantajlar uluslararası ticaret alanında olmadığı gibi, araya giren kültürel, sosyal ve ekonomik farlar ticaretin risklerini artırabilmektedir.

İşte bu şartlar altında uluslar arası satımlarda alıcıların en önemli borcunu oluşturan ve ekonomik hayatın gelişimine yön veren 'ödeme' olgusunun sınır ötesi ticari faaliyetlerin işleyişindeki önemine ve durumun özelliğine uygun hukukî araçların geliştirilmesi gerekliliği yadsınamaz. Çoğu kez birbirini görmeden oldukça önemli işlemler gerçekleştiren tacirlerin karşılıklı edimlerini güven ve istikrar ortamı içinde ifa etmeleri, hak ve yükümlülüklerin konusunda uzman, güvenilir kişiler tarafından gözetilmesini gerektirir. Bankalar, milletler arası ticarete işte bu fonksiyonu icra eder; küreselleşen dünyada özel sektörün gelişimi aynı zamanda farklı ülkelerdeki tacirlerin sağlıklı bir ticarî ortamda çalışabilmelerine bağlıdır.

Akreditif, işte bu gereklilikler karşısında bankaların birtakım hak ve yükümlülükler alarak, ticaretin daha koordine ve saydam bir ortamda yapılması için icad olunmuş bir hukukî mekanizmadır. Alıcı ve satıcılar arasında edimlerin karşılıklı ifasını düzene koyan ve bankalara da bazı riskler yükleyen akreditif işlemi, bugünün ticari hayatında oldukça sık kullanılan, hukuk öğretisi ve uygulamasında kendine geniş yer bulan bir işlem hüviyetini kazanmıştır. MTO'nun kuralları ve hakem kararları ile oldukça esnek ve dinamik bir görünüm sergileyen akreditif konusunda Türkiye'de yüksek mahkeme kararlarında ortaya çıkan istikrarsız uygulama, konunun ülkemizde daha incelikle araştırılması gerektiğinin bir kanıtıdır.

Akreditifin yanında uygulama alanı bulan bir diğer ödeme şekli olan 'belge karşılığı ödeme' de bu çalışma kapsamında incelenmiştir. MTO'nun 522 sayılı broşürü doğrultusunda ana hatları belirlenmeye çalışılan bu ödeme yöntemi, Türk öğretisinde konuya neredeyse hiç ilgi duyulmamış olması nedeniyle görece bakir bir araştırma sahası teşkil etmektedir. Öte yandan satıcılar açısından semenin tahsil edilmesi aşamasında ciddi risklere neden olma ihtimalini taşıyan belge karşılığı ödeme yöntemi, bu bakımdan akreditifin yanında ikincil önemi haiz olarak kalmış görünmektedir.

Kaynakça

- GÖĞER Erdoğan, *Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti*, Bthae Yayınları, 2. bası, Ankara 1980
- AYDOS Oğuz Sadık, *Akreditif*, Turhan Kitabevi 2000
- EKİCİ Akın, *Milletlerarası Ticaret Odası'nın Akreditifler Hakkında 500 Sayılı Yeknesak Teamül ve Uygulamaları Işığında Akreditifin Hukukî Niteliği ve Tarafların Yükümlülüğü*, Beta Yayınevi 1995, 1. bası
- ŞANLI Cemal / EKŞİ Nuray, *Uluslararası Ticaret Hukuku*, Beta Yayınevi 2004, 3. bası
- DWAYER Gerald / SAMARTIN Margarita, *Why Do Banks Promise to Pay Par on Demand ?*, Kasım 2004, <http://www.dwyerecon.com/pdf/par.pdf>
- LAOUIU Angeliki, *The Economic History of Byzantium: From the Seventh through the Fifteenth Century*, Dumbarton Oaks Research Library and Collection 2002
- TOLUN Osman, *Akreditifin Hukukî Mahiyeti*, AD. Sayı:3 1957
- ULUÇ Mehmet, *Borçlar Hukuku Açısından Akreditif*, Batider, c:III 1966
- EISEMANN Frederic/SCHÜTZE Rolf A., *Das Dokumentenakreditiv im internationalen Handelsverkehr*, Heildelberg 1989
- KAYA Arslan, *Belgeli Akreditifte Lehdarın Hukukî Durumu*, Beta Yayınevi, İstanbul 1995
- BUSTO Charles Del, *UCP 500&400 Compared – An Article-by-Article Detailed Analysis of the New UCP 500 Compared With the UCP 400*, ICC Publishing 1993, Publication no: 511
- GOTTRAU Nicolas de, *Le Crédit Documentaire et La Fraude – La Fraude du B'néfiataire, Ses Conséquences et Les Moyens De Protection du Donneuer d'Ordre*, Collection Genevoise, Bruxelles 1999
- TEVINI DU PASQUIER Silvia, *Le credit documentaire en droit Suisse : Droits et obligations de la banque mandataire et assignée*, Faculté De droit Genéne 1990
- LOMBARDINI Carlo, *Droit Bancaire Suisse*, Schultess Médias Juridiques, Geneve 2002
- BODMER Rudolf, *Die Verarrestierung von Bankakkreditiven*, Zürich 1991
- SOMUNCUOĞLU Ünal, *Vesikalı Krediler Üzerine Bazı Açıklamalar*, İBD. 1981, cilt:55 sayı:1
- TEKİNALP Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, cilt:1, İstanbul 1988
- TUMAY Turhan, *Dış Ticaret Banka Tekniği*, İstanbul 1987, 2. bası
- TERCIER Pierre, *Les Contrats Spéciaux*, Schulthess Médias Juridiques, Zurich 1995, 2e éd
- GAUTSCHI Georg, *Berner Kommentar*, t: VI/2.6, *Besondere Auftragsund Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung*, Berne 1962, 2e éd.
- ÖZEL Sibel, *Akreditif ve Hukukî Mahiyeti*, İstanbul 1991
- GÖĞER, *Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti*, Ankara 1961

- ULUÇ Mehmet, *Borçlar Hukuku Açısından Akreditif*, Batider, Mart 1966 sayı:3
- BİLGE Necip, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara 1971
- TANDOĞAN Haluk, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, cilt:I, Ankara 1989
- OLGAÇ Senai, *Kazai ve İlmî İctihadlarla Türk Borçlar Kanunu*, cilt:II, İstanbul 1966
- LOMBARDINI Carlo, *Droit et Pratique du Crédit Documentaire*,Schultess, Zurich 1994
- BAĞRIAÇIK Atilla, *Uygulamalı Dış Ticaret İşlemleri*, İstanbul 1998, 5.bası
- BAĞRIAÇIK Atilla/KANTEKİN Seyfettin, *Dış Ticarete Uygulamalı Akreditif İşlemleri*, İstanbul 1995



KİRA HUKUKUNDA ÖZEL KURALLAR

ERDOĞAN GÖKÇE^(*)

Kira Hukukunda yer alan Yasa maddeleri yanında bu maddelerin uygulamasında kullanılmakta olan ekonomi kuralları ve pek çok hata yapılan hukuki konulara ait örnek Yargıtay Kararları uygulamacılara yardımcı olmak için aşağıda toplu olarak anlatılmıştır.

I - Endeks Oranları:

Devlet İstatistik Enstitüsü DİE'nin Toptan Eşya Fiyat indeksi (TEFE) oranlarını öteden beri düzenlediği gibi, Tüketici Fiyat indeksleri (TÜFE) oranları ve bunların sayısal değerlerini belirlemekte ve yayınlamaktadır. Ancak DİE 01.01.2005 gününden başlamak üzere TEFE indeksi düzenlemesini bırakarak yerine Üretici Fiyat Endeksi (ÜFE) düzenlemeye başlamıştır. Son 4 aydır yayınlanan ÜFE yüzdeleri, geçen yılın son aylarında yayınlanan TEFE oranlarından daha fazla artış göstermektedir. İstatistik uzmanları bunun farklı ihtiyaç maddelerinin indekste kullanılmaya başlanmasından doğduğunu söylemektedirler.

Yargıtay Kararları Dergilerinin son sayfalarında evvelce TEFE artış yüzdeleri yayınlanmakta iken yıl başından bu yana ÜFE artış oranları yayınlanmaktadır ki kira artışlarında bu indeksin "12 Aylık Ortalamalara göre" artış oranlarının kullanılacağını göstermektedir.

Bunun yanında İstanbul Ticaret Odası İstatistik şubesi Toptan Eşya Fiyat Endeksi ve Tüketici Fiyat Endeks oranları ve sayısal değerlerini düzenlemektedir. Bu indeks oranları ve sayıları uygulamada tüccar ve sanayiciler tarafından kullanıldığı gibi, bilirkişilerce de kullanılmaktadır.

DİE ve İTO 4 adet farklı bazlı Toptan Eşya Fiyat Endeksi ve Tüketici Fiyat Endeksi düzenlemektedir. Bu oranlar pek çok sözleşmede koşul olarak yer almakta ve kullanılmaktadır.

Bu bilgiler her iki kuruluşun İnternet sitelerinde yer almaktadır. Bu bilgilerin sürekli olarak izlenmesinde yarar bulunmaktadır.

(*) Fatih Emekli Hukuk Hakimi

II - 5431 Sayılı Yasanın Uygulaması:

26.02.2000 günü Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5431 Sayılı Kanun ile 6570 sayılı Kanuna geçici 7. maddesinde (*Sözleşmelerde kararlaştırılan kira paraları 2000 yılında yıllık % 25 ve 2001 yılında yıllık % 10 zam oranında artırılabilir. Ancak taşınmazın bulunduğu bölgede rayiç kira parasındaki artış bu oranların altında ise bu oranlar uygulanmaz. Kira parasının yabancı para veya kıymetli madene endeksli olarak belirlendiği sözleşmelerde ayrıca yıllık artış uygulanmaz Kira parasının artış sınırlarının aşılması amacıyla yeniden kira sözleşmesi yapılamaz, Kira parasının tespiti davalarında da yukarıdaki sınırlamalara uyulur. Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer*) denmiştir.

Bu yasanın 2001 yılına ait bölümü Anayasa Mahkemesinin 09.07.2001 günlü ve 2001/303-333 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve 15.09.2001 günlü Resmi Gazete ile ilan edilerek yürürlüğe girmiştir.

Bu Yasanın uygulaması ile ilgili olarak Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, Yargıtay Kararları Dergisi'nin 9/2001 sayısında yayımlanan 06.03.2001 gün ve 2001/509-1181 sayılı kararında bu yasanın KAMU DÜZENİ niteliğinde olduğunu vurgulayarak bu yasanın getirdiği kısıtlı artışların üstünde yapılan artışların ve bu yöndeki irade beyanlarının geçersiz olduğunu (*Kanunun kamu düzeni düşüncesi ile koyduğu veya emredici mahiyetteki hükümlerine aykırı irade beyanları hiçbir sonuç doğurmaz*) sözleri ile açıklamıştır.

III - Sözleşmelerde Yer Alan Artış Koşulunun Uygulaması:

Bazı kira sözleşmelerinde sözleşmenin daha sonraki yıllarda devam etmesi halinde kiracı kendisine önceden ihtar yapılmasına gerek olmadan bir önceki yılın kira parasına DİE'nin TEFE oranı kadar (*toptan eşya fiyat endeksi*) veya DİE'nin TÜFE oranı (*tüketici fiyat endeksi*) kadar veya İTO'nun (*İstanbul Ticaret Odasının*) *Ücretliler Geçinme Endeksi*) kadar veya İTO'nun TEFE endeksi oranında zam yapılacağı kuralı konmaktadır.

Bu arada söylemek gerekir ki, İTO'nun TÜFE endeksleri 4 ayrı sene başlangıçlı ve bazlı olarak düzenlenmektedir. Bunlar 1995 = 100 , 1985 = 100 , 1963 = 100 , 1968 = 100 bazlı endeksler olup, her endekste kullanılan ihtiyaç maddelerinin farklı oluşu, endekslerin farklı tarihlerde düzenlenmeye başlanması gibi nedenlerle farklı oranlarda gerçekleşmektedir.

Dava konusu sözleşmelerde İTO'nun TÜFE endeksi kadar (ücretliler geçinme endeksi kadar) kira parasına zam yapılacağı yazılı olup, hangi yıl baz alınan endeksin kullanılacağı yazılı olmamaktadır.

Yargıtay 6, 12, 13. Hukuk Daireleri kira sözleşmelerinde yer alan artış koşulunun devamlı geçerli olduğu kanısındadırlar. Sadece 3. Hukuk Dairesi kira sözleşmesinde yer alan artış koşulunun (*sözleşme yılını takip eden-uzayan sene tarafları bağlayacağı, daha sonra bağlamayacağı*) ku-

ralını kira tespiti davalarında uygulamaktadır. Bu bakımdan kira parası alacağı davalarında artış koşulunun tarafları devamlı olarak bağlayacağı kuralı hukukumuzda yerleşmiştir.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi eski kararlarında (*artış koşulunun kira tespiti davası ile ortadan kalkacağı*) yolundaki görüşünü doğru olarak terk etmiş ve (*Kira tespiti kararı ile sözleşmelerde yer alan artış koşulunun ortadan kalkmayacağı*) doğru görüşüne dönmüştür. Bu karara örnek karar 6. Hukuk Dairesinin 04.12.2003 günlü ve 2003/8.598 – 8.719 sayılı kararı olup, Yargıtay Kararları Dergisinin 05/2004 sayısında yayınlanmıştır.

IV – Ortak Gider, Hor Kullanma Tazminatı Alacağı Faizi Hakkında Uygulama:

Yargıtay Kararları Dergisi'nin 09/2003 sayısının 1392-1395. sayfalarında yayınlanan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 26.11.2002 gün ve 2002/11245-14051 sayılı kararında (*Kesin vadeye bağlanmamış olan elektrik ve su bedeli ile hor kullanma tazminatı yönünden temerrüt faizi istenebilmesi için davalının temerrüde düşürülmesi gerektiğinden, anılan kalemler için temerrüde düşürülmeyen davalıdan takip tarihinden önceki dönem için temerrüt faizi istenemez.*) denmiştir.

V – Gecikme Tazminatının Uygulanması:

Maliye Bakanlığı birimlerinin kira sözleşmelerinde bir başka kural bulunmaktadır. Bu kural zamanında kira paralarının ödenmemesi halinde uygulanacak gecikme tazminatlarıdır.

6183 Sayılı Kanun'un 51. maddesinde : (*Amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitimi tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı % 9 (% 12) gecikme zammı tatbik olunur. Ay kesirleri tam ay olarak hesap edilir. Gecikme zammı 500.000.-TL'nden az olamaz.*)

22.7.1998 gün ve 4369 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe göre : (*Bakanlar Kurulu gecikme zammı nisbetlerini aylar itibarıyla topluca veya her ay için ayrı ayrı, % 10 una kadar indirmeye, bir katına kadar artırmaya ve gecikme zammı, asgari miktarını 3 katına kadar artırmaya yetkilidir.*) kuralı getirilmiştir. Bu değişiklik nedeniyle zaman içinde gecikme zammı oranları aşağıdaki gibi uygulanmaktadır :

31.08.1995 – 31.01.1995 arasında aylık =	% 10
01.01.1996 – 08.07.1998 arasında aylık =	% 15
09.07.1998 – 20.01.2000 arasında aylık =	% 12
21.01.2000 – 01.12.2000 arasında aylık =	% 6
02.12.2000 – 28.03.2001 arasında aylık =	% 5
29.03.2001 – 30.01.2002 arasında aylık =	% 10
31.01.2002 – 11.11.2003 arasında aylık =	% 7
12.11.2003 – 01.03.2005 arasında aylık =	% 4

Kiracı sözleşmesinde yer alan kural nedeniyle (*vade bitimi tarihinden itibaren*) ödenecek aylar için gecikme tazminatı ödenecektir.

Kira Hukukunda vadenin bitimi tarihi ile ilgili kurallar aşağıdadır :

Borçlar Kanunu'nun 107/3. maddesine göre (*Akdin hükümlerine göre, borç tayin ve tespit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lazım geliyorsa, bir mehil tayinine lüzum yoktur.*)

Sayın Turgut Uyar'ın Borçlar Hukuku adlı eserinin 4. Cildinin 579. sayfasında yer alan 13. H. Dairesinin 17.01.1991 gün ve 1991/6038-341 sayılı kararında (*Kira sözleşmesinde kira parasının, en geç ayın 5'inde nakden ve peşinen ödeneceği öngörülmüştür. Bu kesin bir vadedir ve davacının her ayın 6'sından itibaren temerrüd faizi istemesi yerindedir*) denmiştir.

VI – Depozito Hakkındaki Uygulama:

Bilindiği gibi taşınmaz mal kiralaması halinde, kiracının kiralananı tahliye etmesi halinde, kiracının kiralayana olması mümkün borçlarının güvence altına alınabilmesi için depozito parası adı altında kiralayanlar kiracılardan bir miktar para almakta ve kira sözleşmelerine, kira ilişkisinin devam ettiği sürece bu paranın kira ve diğer borçlara mahsup edilemeyeceği, tahliye halinde bu alınan paranın güvence olacağı yazılmaktadır.

Yargıtay Kararları Dergisi'nin 09/2003 sayısının 1392-1395. sayfalarında yayınlanan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 26.11.2002 gün ve 2002/11245-14051 sayılı kararında :

(*HUMK. 74. maddesine göre Hakim her iki tarafın iddia ve savunması ile bağlı olup, ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez. Davacı dava dilekçesinde takas talebinde bulunmadığı halde, davacının davalılara olan borcundan takibe konu olan alacağın takas ve mahsubuna karar verilemez*) denmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 04.07.2003 gün ve 5.249 – 9.236 sayılı kararında bu gerçeği söyle dile getirmiştir : (*Davacı anahtar teslim ettiği ni ileri sürmüş ise de, bu iddiasını yasal delillerle ispatlayamamıştır. Anahtar teslimi hukuki bir olgu olup, yasal delillerle ispatlanmalıdır. Maddi bir olgu olmadığından anahtar teslimi tanıkla ispatlanamaz. Bu halde kiracılık ilişkisi devam ettiğine göre, davalı kiralayan depozitoyu elinde tutabilir ve anahtar teslimine kadar geçen ayların kirasını isteyebilir.*)

VII – Erken Tahliye ve Yargıtayın Görüşü:

Yargıtay Kararları Dergisinin 10/1990 sayısının 1502. sayfasında yer alan 13. Hukuk Dairesinin 09.05.1990 günlü ve 1989/8188-3403 sayılı kararında (*Erken tahliye durumunda kiralananın aynı koşullarla yeniden kiraya verildiği tarihe kadar, boş kaldığı dönem kirasını kiracı ödemekle yükümlüdür.*) kuralını koymuştur. Çekişmenin bu kurala göre çözülmesi gerekecektir. Bu konuda Yargıtayın aynı yönde pek çok kararı bulunmaktadır.

VIII – Tahliye Tarihinin Kanıtlanmasında Yargıtayın Görüşü:

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 01.11.1999 günlü ve 1999/7191-7764 sayılı kararında (Kiracı kira akdiyle kendisine teslim edilen kiralananı, akdin hitamında veya kira ilişkisinin sona ermesinde, anahtarını da kiralayana vermek suretiyle iade etmekle yükümlüdür. İadenin hangi tarihte yapıldığını ispat külfeti ise, kiracıya aittir. Öyleyse, kiracı, davacının bildirdiği tarihten önce kiralananı anahtarıyla birlikte kiralayana teslim ettiğini kanıtlamalıdır. Bu yönde davalı yasal delil ibraz etmediğine göre, kiralananın davacının bildirdiği tarihte hukuken tahliye edilmiş olduğunun kabulü gerekir) diyerek ispat yüküne açıklık getirmiştir.

IX – Kiralananın Boşaltıldığının Kanıt Yükümü:

Kiralık mallar genellikle yazılı kira sözleşmeleri ile kiralananmaktadır. Kiralananların boşaltıldığının ispatı yasal delil ile olmak gerekir. Yazılı sözleşme ile kiralanan yerin boşaltılmasının ispatının da yazılı kanıt ile olması ispat teorisi gereğidir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 04.07.2003 gün ve 5.249 – 9.236 sayılı kararında bu gerçeği söyle dile getirmiştir : (Davacı anahtar teslim ettiğini ileri sürmüş ise de, bu iddiasını yasal delillerle ispatlayamamıştır. Anahtar teslimi hukuki bir olgu olup, yasal delillerle ispatlanmalıdır. Maddi bir olgu olmadığından anahtar teslimi tanıkla ispatlanamaz. Bu halde kiracılık ilişkisi devam ettiğine göre, davalı kiralayan depozitoyu elinde tutabilir ve anahtar teslimine kadar geçen ayların kirasını isteyebilir.)

X – Kiracı Hangi Tarihe Kadar Kira Parasından Sorumludur?:

Kiracı kiralananı boşaltması halinde, kiralanan ile anahtarlarını kiralayana teslim ettiği tarihe kadar kira parasını ödemekle yükümlüdür.

Dergimizin 3/2005 nolu sayısının 1018 – 1019. sayfalarında yayınlanan Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 31.01.2005 gün ve 2004/17832 – 2005/1077 sayılı kararından : (Taraflar arasında görülen akdin feshi davasında davacı durumunda bulunan kiralayan kiracının kullanımında bulunduğunu, teslim edilmediğini, davalı durumunda bulunan kiracı ise kiralayanın anahtarlarını almadığını savunmuş, sonuçta yargılama sırasında kiracı tarafından kiralananın anahtarları 12.05.1998 tarihli celsede Mahkeme huzurunda davacı kiralayan vekiline elden teslim edilmiştir. Bu durumda davalı kiracı kiralananı fiilen elinde bulundurduğu 12.05.1998 gününe kadarki kira bedellerini ödemekle yükümlüdür.) denmiştir. Olayda anahtarlar duruşmada teslim edilmiş ve kiracının kiralananı fiilen boşaltmadığına dair bir iddia olmamıştır. Sadece anahtarlar değil, kiralanan da boş olarak kiralayana teslim edilecektir.

Kiralayanın, kiralananı boşaltan kiracıdan anahtarları teslim almadan kaçınması halinde, Mahkemeden tevdi mahalli tayini kararı alarak anahtarları tevdi mahalline vermesi ile borcundan kurtulacaktır.

XI – Net Kira Parasının Hesabının Kuralları:

Bilindiği gibi Vergi Yasaları gereği olarak işyerleri kiracıları kira parasının vergilerini beyanname düzenleyerek, brüt kira parasından kesmekte ve vergi kısmını Vergi Dairesine kiralayan adına yatırmakta ve geri kalan net kira parasını kiralayana ödemekle yükümlüdür.

Uygulamada bu kurallara aykırı istekler yapılmakta ve bu davranış pek çok gereksiz davaya nerden olmaktadır.

Vergi Yasaları ile zaman içinde bu oranlar, şu şekilde olmuştur :

1) 01.01.1997 – 01.04.1999 arası = brüt kiranın % 22 si vergiler toplamı ve % 88 ini net kira parasıdır.

2) 01.04.1999 – 01.12.1999 arası = brüt kiranın % 16,50 si vergiler toplamı ve % 83,50 si, net kira parasıdır.

3) 01.12.1999 gününden itibaren brüt kiranın % 22 si vergiler toplamı ve % 78 ini, net kira parasıdır.

4) 01.01.2004 gününde SSDF kaldırıldı. Brüt kiranın % 22 si gelir vergisi kesintisi, stopaj kaldı. Brüt kiranın % 78 i net kira olarak kaldı..

5) Vergi kesintilerinin toplamına Stopaj denmekte ve kiracılar stopaj tutarlarını vergi dairelerine ödemekle yükümlüdürler. Kiralayana ödemekle yükümlü değildirler.

6) Hesaplama bu kurallara göre yapılacaktır.

XII - Kira Parası Borcunda Faiz Uygulaması:

Borçlar Kanunu'nun 107/3. maddesine göre (Akdin hükümlerine göre, borç tayin ve tespit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lazım geliyorsa, bir mehil tayinine lüzum yoktur.)

Sayın Turgut Uyar'ın Borçlar Hukuku adlı eserinin 4. Cildinin 579. sayfasında yer alan 13. Hukuk Dairesinin 17.01.1991 gün ve 1991/6038-341 sayılı kararında (Kira sözleşmesinde kira parasının, en geç ayın 5'inde nakden ve peşinen ödeneceği öngörülmüştür. Bu kesin bir vadedir ve davacının her ayın 6'sından itibaren temerrüd faizi istemesi yerindedir) denmiştir.

Yine 13. Hukuk Dairesinin 27.11.1978 gün ve 1978/4863-5001 sayılı kararında (Kiralanan eczahane olup, ticari işletme olması nedeniyle Türk Ticaret Kanununa göre, ticari iş niteliğinde sayılacağından, ticari temerrüd faizinin uygulanması gerektiği) bildirilmiştir.

XIII - Kira Tespiti Kararına Dayanan Kira Borcunda Faizin Başlangıcının Kuralı:

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Bölümü Genel Kurulu'nun 24.11.1995 gün ve 1994/2-1995/2-2 sayılı kararı Yargıtay Kararları Dergisinin 2/1996 sayısında yayınlanmış olup, bu kararda :

(Kira parasının tespiti ile ilgili, Mahkeme kararı ile belirgin hale gelen kira farkı alacağına, ayrıca ihtara gerek kalmaksızın kira tespiti kararının kesinleştiği tarihten faiz yürütülmesi gerektiği) yazılıdır.

XIV – Yabancı Para Borcunun Ödenmesinin Nasıl İsteneceği:

Yabancı para ile yapılan sözleşmelerde alacaklının borçlusundan isteyeceği borç ödemesinin nasıl belirlenebileceği sözleşmede yazılı ise borçludan sözleşmeye göre borcunu ödemesi istenecektir. Eğer sözleşmede bu yolda kural yoksa borçlunun ödemesi gereken borcun, T.C. Merkez Bankasının belirlediği resmi kur değerlerine göre ödenmesi istenecektir.

Bankalar DÖVİZ değerlerini tüccarlara ve EFEKTİF değerlerini tüccar olmayanlara uygulamaktadırlar. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bu değerlerden SATIŞ DEĞERİNİN hesaplamada kullanılmasını istemektedir.

Ticari işlerde Döviz satış değeri, ticari olmayan işlerde efektif satış değeri, uygulanarak çekişmelerde hesaplamalar buna göre yapılacaktır.

XV – Kiracının Kiralanana Yaptığı İyileştirme Giderleri:

Bazı kere kiracılar kiralanana kiralayandan rızası ve bilgisi ve sözleşmeye bu konuda yazılan açıklamalarla veya kiralayandan bilgisi dışında, sözleşmeye bu konuda açıklama yapılmadan iyileştirme giderleri yapmaktadırlar. Sözleşmede açıklama varsa ve bu açıklamada kiralananın neresine ne gibi iyileştirme giderleri yapılacağı yazılı ise ilerde çıkması mümkün ihtilafın çözümünde ispat kolaylığı olacaktır. Sözleşmede böyle bir açıklık yoksa, ortaya ispat sorunu çıkmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 249/1. maddesinde (Kiralayan kiralanayı akitlen maksud olan kullanmaya salih bir halde kiracıya teslim etmek ve kira müddeti zarfında bu halde bulundurmak ile mükelleftir.) kuralı yer almaktadır.

Kira sözleşmesinin devamı sırasında kiralanana iyileştirme gideri yapan kiracılar kiralayandan bir talepte bulunmamakta ve sözleşmenin sona ermesi halinde kiracılar iyileştirme giderlerini kiralayandan iyileştirme giderlerini istemektedirler. Olay bir haksız iktisap konusudur.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Dergimizin 4/2005 sayısının 1352 – 1353. sayfalarında yayınlanmış olan 13.06.2002 gün ve 2002/4840 – 7118 sayılı kararında olayın haksız iktisap olduğu, iyileştirme giderlerinin bilirkişilere tespit ettirilmesi ile kiralayandan tahsilinin gerektiğini söylemektedir.

XVI – Kira Parasının Uyarlanması Davasında Yargıtay'ın Özel Kuralları:

Yargıtay uyarlama davasının uzun süreli kira sözleşmelerinde, çıkarlar dengesinin çekilemez hale gelmesi, işlem temelinin çökmesi durumunda, mümkün olduğu görüşündedir.

5.nci	"	"	7	"	"	"	"
6.nci	"	"	6	"	"	"	"
7.nci	"	"	5	"	"	"	"
8.nci	"	"	4	"	"	"	"
9.ncu	"	"	3	"	"	"	"
10.ncu	"	"	2	"	"	"	"
11.nci	"	"	1	"	"	"	"
12.nci	"	"	0	"	"	"	"

Toplamları = 66 aydır. Bu açıklamaya göre, kiralayan 1 aylık kira parasının 66 aylık net faizini, diğer söyleyişle bir aylık kiranın = 11 ay: 2 = 5,5 aylık net faizini almış olmaktadır.

2) Sözleşmede kira parasının altı ayda bir peşin ödenmesi kararlaştırılmıştır. Kiranın altı ayda bir peşin ödenmesi halinde kiralayan bir ek gelir sağlamaktadır.

Altı aylık peşin alınan kira parasının getirisinin hesabı =

Kira parası 400,00 TL/Ay olsun.

$400 \times 6 = 2.400$.-TL peşin kira parası alınmış olur.

2.400.- TL içinde 6 aylık kira parası vardır.

1.nci ayda fazladan 5 aylık kira parası alınır.

2.nci	"	"	4	"	"	"	"
3.ncü	"	"	3	"	"	"	"
4.ncü	"	"	2	"	"	"	"
5.nci	"	"	1	"	"	"	"
6.nci	"	"	0	"	"	"	"

Toplamları = 15 aydır. Bu açıklamaya göre, kiralayan 5 aylık kira parasını peşin olarak almış olmaktadır. Bu olay sene içinde 2 kez tekrarlanmaktadır. Ve $15 \times 2 = 30$ aylık kira parası 1 sene içinde fazladan alınmakla = 400 .-TL/Ay $\times 30$ ay = 12.000 .-TL bulunur.

3) Sözleşmede kira parasının üç ayda bir peşin ödenmesi kararlaştırılmıştır. Kiranın üç ayda bir peşin ödenmesi halinde kiralayan bir ek gelir sağlamaktadır. Yargıtay 13. HD bu ek gelirin hesaplanması ile ödenen aylık kiraya eklenmesini ve böylece gerçek kira parasının bulunmasını istemektedir. Bunun hesabı aşağıda yapılmıştır =

Üç aylık peşin alınan kira parasının getirisinin hesabı =

Kira parası 400.-TL/Ay olsun.

Peşin alınan 3 aylık kira parası 1.200.-TL olsun :

1.200.-TL içinde 3 aylık kira parası vardır.

1.nci ayda fazladan 2 aylık kira parası alınır.

2.nci	"	"	1	"	"	"	"
3.ncü	"	"	0	"	"	"	"

Uzun süreli kira sözleşmeleri çokça piyasanın çok iyi yerinde bulunan işyerlerinin kiralınması yanında yine yüksek değerli konutların kiralınmalarında görülmektedir. Bu gibi yerlerin sözleşmeleri çok kez kiralananana yoğun istek nedeniyle kiralananın tamire muhtaç kısımlarının onarımı- iyileştirilmesi kiracılara yüklenmektedir. Kiracılar iyileştirme giderlerini, uzun süreli kiralama karşılığında yapmaya yanaşmaktadırlar. Bu gibi hallerde bazen sözleşmelere (*kiracı kiralananana yapacağı iyileştirme giderlerini kiralayandan ileride hiçbir şekilde istemeyecektir*) gibi kullarlar konmaktadır.

13. Hukuk Dairesi pek çok kararında bu gibi hallerde (*kiracı kiralananana yapacağı iyileştirme giderleri önemli giderler ise bilirkişilerin iyileştirme giderlerini hesaplamalarını ve bu giderlerin kira parasına yansıtılmasının hesabının yapmalarını*) istemektedir.

Bazı kira sözleşmelerinde kiralayanlar kiracılarından (*peşin kira parası*) ve (*depozito – güvence parası*) almaktadırlar.

İşte bu gibi hallerde Yargıtay 13. Hukuk Dairesi peşin alınan kira parasının ve depozito parasının kira parasına yansıtılmasının hesabının bilirkişilerce yapılmasını istemektedirler.

Bu üç halde de, özel yıllardan hesaplama yapılmaktadır. Kabaca söylemek gerekirse, iyileştirme giderleri yapıldığı tarihe göre belirlenmekte, belirlenen miktar önce yıl ve sonra ay sayısına bölünerek, 1 kira ayına düşen tutar bulunmakta, bu tutar, DİE'nin TEFE (bir yıldır ÜFE) endeksi ile artırılarak uyarlamanın yapılacağı aya kadar getirilmekte ve kira parasına eklenerek gerçek kira parası bulunmaktadır. Depozito parasının vadeli mevduat halinde bankaya yatırılması halinde net faizleri ana paraya eklenerek alındığı tarihten uyarlamanın yapılacağı tarihe kadar getirilmekte ve net getiri kira parasına eklenerek gerçek kira parası bulunmaktadır. Peşin alınan kira parasının getirisi de hesaplanarak getirinin 1 aylık kira parasına yansması bulunmakta ve kira parasına eklenerek gerçek kira parası bulunmaktadır.

Yazdığım uyarlama (*güncelleme*) raporlarından bu konudaki hesaplamalar örnek olarak aşağıdadır:

1) Sözleşmede kira parasının yıllık peşin ödenmesi kararlaştırılmıştır. Kiranın senelik peşin ödenmesi halinde kiralayan bir ek gelir sağlamaktadır.

12 aylık peşin alınan kira parasının getirisinin hesabı =

Kira parası 400,00 TL/Ay olsun.

$400 \times 12 = 4.800$.-TL peşin kira parası alınmış olur.

4.800.- TL içinde 12 aylık kira parası vardır.

1.nci ayda fazladan	11	aylık kira parası alınır.
2.nci " "	10	" " " "
3.ncü " "	9	" " " "
4.ncü " "	8	" " " "

Toplamları = 3 aydır. Bu takdirde kiralayan 3 aylık kira parasını peşin olarak almaktadır. Bu sene içinde 4 kez tekrarlanmaktadır. $3 \times 4 = 12$ aylık kira parası peşin olarak alınmaktadır.

Bu açıklamaya göre, kiralayan 1 aylık kira parasının 12 aylık gelirini elde etmektedir.

$400.-\text{TL}/\text{Ay} \times 12 \text{ ay} = 4.800.-\text{TL}$ bulunur.

Her üç halde de ilgili tarihteki sözü edilen paraların vadeli mevduata yatırılması halinde içinden kesilecek gelir vergisi kesilmek suretiyle net getirileri bulunacak ve bu net getiriden 1 aylık kira parasına düşen tutar aylık kira parasına eklenerek gerçek aylık kira parası bulunacaktır.

Kira parasının tümü peşin alınmış ise 13. HD uyarılama davasını kabul etmemektedir. Yargıtay Kararları Dergisinin 1/1988 no.lu sayısının 69. sayfasında yayınlanan 26.05.1997 gün ve 1997/2353 – 4833 sayılı kararı bu kuralı anlatmaktadır.

XVII – Kira Tespiti, Uyarılama, Ecrimisil Davalarında Emsal Uygulaması:

Kira tespiti, uyarılama, ecrimisil-haksız işgal tazminatı davalarında kira parasının veya haksız işgal tazminatı paralarının belirlenmesinde Yargıtay emsal örnek araştırması yapılmasını Mahkemelerden bilirkişilerden istemektedir. Ancak uygulamada neyin emsal olabileceği, neyin olamayacağını bilememekteyiz. Bu konuyu uygulamacılar Sayın 3. Hukuk Dairesi üyelerinden Refik Er ve Edip Doğrusöz'ün yazdığı 1987 yılında basılan (*Kira Tespiti Davaları*) adlı eserin 83 – 84. sayfalarında yer alan açıklamalardan öğreniyoruz. Bu eserde yapılan açıklamalara göre : *emsal olarak alınan taşınmazlar ile dava konusu taşınmazın objektif ve subjektif faktörlerinin aynı olması gerekmektedir.*

Objektif faktörler = taşınmazın ekonomik durumu, devalüasyon ve para ayarlamaları, yeni vergiler, ana maddelere yapılacak zamlar, işçi asgari ücreti, toplu sözleşmeler, memur maaşları, çevre gelişimi, nüfus artış istemi karşılayamaması gibi faktörlerdir.

Subjektif faktörler = mevkii, semti, ana caddeye uzaklığı, cadde veya blokun başında, ortasında, sonunda oluşu, cephesi, katı, alanı, yapı kalitesi, tesisat durumu, mesken veya işyeri oluşu v.s.dir.

Dikkat edilecek olursa, emsal olarak alınacak olan taşınmazların tüm yönlerden dava konusu taşınmaza benzerlik arzetmesi gerekecektir.

Anılan eserdeki bu açıklamalara eklemek gerekirse, çok kere emsal olması imkansız yerler emsal olarak gösterildiği görülmektedir. Şöyle ki, açık otopark olarak kullanılan arsaya emsal olarak börekçi fırını ve lokanta emsal gösterilmektedir. Kira tespiti istenen tarih 2004 yılına ait iken emsal olarak gösterilen börekçi fırınının 1984 yılında kiralınması ile ilgili sözleşme verilmektedir. 2004 yılında yapılacak bir kira tespitinde 2004 yılında kiralınmış benzer bir yerin sözleşmesi verilmelidir.

Bunun yanında bazı davalarda sadece şu adresteki yer emsaldır diye Mahkemeye bildirilmekte ve kira sözleşmesi verilmemektedir. HUKM'un tanıkla ispat yasağı ile ilgili 288,290. mad.nde yer alan 40,00 YTL (40.000.000.-TL) limit nedeniyle Hakimın, bilirkişilerin emsal olarak gösterilen yerin kirasını kiracısına sorarak belirlemelerine olanak yoktur. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin .bu konudaki görüşünün bu yolda olduğu bilinmektedir. Bu nedenle emsal gösterilen yerin yazılı kira sözleşmesinin örneğinin dosyaya verilmesi zorunludur.

XVIII – K.D.V Oranları:

Kiralayanın ticaret şirketi olması halinde kira parası için kiracı KDV ödenecektir. Genel vergi hukuku kuralı nedeniyle KDV'nin brüt kira parasının içinde olduğu kabul edilmektedir.

Bu kural 3. Hukuk Dairesinin 06.02.2003 günlü ve 2003/926 – 1199 sayılı kararında yer almış olup,bu kararda olay aşağıdaki gibi anlatılmıştır:

(Gelir Vergisi Kanunu'nun 70.nci maddesi ile Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1/1 – f, 8/1- h,ve 10/f maddelerine göre,kira geliri elde edilen bir kısım kiralayanlar Katma Değer Vergisi mükellefi olması ve elde ettikleri kira gelirinin bir bölümünü Katma Değer Vergisi olarak ödemeleri vergi yasalarınca düzenlenen bir konudur.

Mahkemece kira parasının içinde Katma Değer Vergisinin de olduğu göz önünde bulundurularak sadece kira parasının hüküm altına alınması ile yetinilmesi gerekirken,KDV siz olduğu belirtilerek kira parasına hükmedilmesi doğru değildir.) denerek anılan karar oybirliği ile bozulmuştur.

Hükümetler KDV oranlarını zaman zaman değiştirmişlerdir. Zaman içinde oranlar aşağıdaki gibi olmuştur :

13.05.2000 gününden önce = % 17

13.05.2000 gününden itibaren = % 18 oranında alınmış ve alınmaktadır.

XIX – Yasal Faiz Hesaplaması:

Uygulamada yapılan hatalardan birisi de,dava dilekçelerinde, icra takip taleplerinde davacı ve alacaklıların yaptıkları hatalı faiz istekleridir. İstenecek faizin başlangıcında, süresinde, hesabında hata yapıldığı gibi, çok kez faiz isteme hakları bulundukları halde istenmediği de görülmektedir. Özellikle yoğun olarak bilirkişiliğini yaptığım tenkis davalarında bunu görmekteyim.)

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

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

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

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

100.000,00 YTL'nin 1 yıl 14 günlük süre için yıllık % 50 den faizini hesaplırsak :

$100.000 : 100 \times 50 = 50.000,00$ YTL bir yılın faizidir.

$50.000,00$ YTL : 360 gün $\times$ 14 gün = 1.944,44 YTL 14 günlük faizdir.

İkisini toplarsak = $50.000 + 1.944,44 = 51.944,44$ YTL olarak bulunur.

Yapılan süre hatalarını önlemek için örnek tablo aşağıdadır.

FAİZ HESAPLAMADA GÜN TABLOSU

Ayın	Ayın	Ayın	Yıl Başından	Yıl Sonundan
Sayısı	Adı	Gün Sayısı	Ay Sonuna Kadar	Ay Sonuna Kadar
			Gün Sayısı	Gün Sayısı
01. ay	Ocak ayı =	31 gün	----	365
02. ay	Şubat ayı =	28 gün	59	334
03. ay	Mart ayı =	31 gün	90	306
04. ay	Nisan ayı =	30 gün	120	275
05. ay	Mayıs ayı =	31 gün	151	245
06. ay	Haziran ayı =	30 gün	181	214
07. ay	Temmuz ayı =	31 gün	212	184
08. ay	Ağustos ayı =	31 gün	243	153
09. ay	Eylül ayı =	30 gün	273	122
10. ay	Ekim ayı =	31 gün	304	92
11. ay	Kasım ayı =	30 gün	334	61
12. ay	Aralık ayı =	31 gün	365	----



TRAFİK KAZA VE CEZALARINDA LEASİNG ŞİRKETLERİ

COŞKUN ONGUN

Finansal Kiralama (*Leasing*) şirketleri tarafından yapılan araç kiralama işlemlerinde araca kesilen trafik cezaları ile kiralama konusu aracın karıştığı trafik kazalarında finansal kiralama şirketlerinin sorumluluğunun bulunup bulunmadığı konusunda uygulamada duraksamalara rastlanmaktadır. Özellikle finansal kiralama sözleşmesi süresince, kiralanan araç üzerine kesilen para cezalarının kiracılar tarafından ödenmemesi üzerine, trafik sicil kayıtlarında “malik” olarak görünen finansal kiralama şirketlerinin adreslerine ceza ihbarnameleri gönderilmektedir. Uygulamanın gerekçesi de Kara yolları Trafik Kanunu’na dayandırılmaktadır.

Öncelikle üzerinde daha az tartışılan ve en azından öğreti düşencesi ve Yargıtay içtihatlarıyla işlerlik kazanan trafik kazalarında sorumluluk konusu üzerinde durmakta yarar görüyoruz. 3226 sayılı *Finansal Kiralama Yasası*’nın 9. maddesi kiralanan malın mülkiyetinin kiralama sözleşmesi süresince finansal kiralama şirketine ait olacağını belirtmekte sözleşme süresi sonunda mülkiyetin devrinin sözleşmede yer almışsa kiracı üzerine tescil edileceği hükme bağlanmıştır. Kiracı tarafından sözleşme sonunda araç malike teslim edilmişse herhangi bir sorun yaşanmıyor. Asıl sorun, sözleşme hükümlerine aykırı biçimde kiracının aracı teslim etmemesi ya da teslim etme yükümlülüğü bulunmadığı halde araç sicilini üzerine almadan kullanıma devam etmesinde kaynaklanmaktadır. Aynı kanunun 13. maddesi kiracının zilyetliğine vurgu yaparken sözleşme kuralları gereğince kiralanan şeyden her tür yararı elde edebileceğini hükme bağlamaktadır.

Kuşkusuz bir şeyden her tür faydayı sağlayan birinin o şeyden kaynaklanacak zararı başkasının üzerine bırakmasını düşünmek hukukun genel ilkeleriyle bağdaşmayacaktır. Nitekim *Finansal Kiralama Yasası*’nın 14. maddesi malın hasar ve kaybindan doğacak sorumluluğun kiracıya ait olacağını belirtmektedir.

Finansman İşlemleri Kanun Tasarısı’nın Finansal Kiralama kısımlarını düzenleyen maddelerinden olan 30. madde bu duruma açıklık getirerek oluşabilecek tereddütleri gidermektedir. Maddeye göre: “*Leasing konusu mal veya hakkın veya bunların kullanımının üçüncü kişilere veya*

çevreye verdiği zarardan, münhasıran leasing alan sorumlu olup, bu zararın tazmini için leasing verene başvurulamaz.” Finansal kiralama şirketlerinin kiracının zilyetliğinde bulunan araçların karıştığı kazalardan sorumsuzluğunun tespiti için bu tasarının kanunlaşmasını beklemelerine gerek yoktur. Şöyle ki; kazalardan sorumluluk işletene aittir. İşleten de kiracı olduğundan finansal kiralama şirketlerine üçüncü kişiler tarafından husumet yöneltilememektedir.

Yargıtay tarafından bu sorumsuzluk birçok kararda dile getirilmiş en yeni kararlardan birinde bu hususun altı çizilmiştir: “*Davalı Finansal Kiralama A.Ş. vekili cevap dilekçesinde, kazaya karışan aracı kazadan önce Turizm Ticaret Limitet Şirketi’ne 3226 Sayılı Finansal Kiralama Kanunu hükümleri çerçevesinde noter sözleşmesiyle kiraladıklarını, uzun süreli kiralama gözetildiğinde 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 3. maddede hükmü uyarınca “İşletenin” finansal kuruluş olmadığı gözetilerek davalı Finansal Kiralama A.Ş. hakkındaki davanın husumet yönünden reddi gerekirken, yazılı şekilde 2918 Sayılı yasanın 85. maddesi hükmünce tazminattan sorumlu tutulması doğru görülmemiştir.*”

19. Hukuk Dairesi’nce verilen bu karar, benzer tüm olaylarda bu biçimde çözülmektedir. Bu karar artık yerleşmiş bir Yargıtay içtihadı niteliğindedir. Bu konuda sayısız Yüksek Mahkeme kararı sıralamaolanağı vardır; bu kararda geçen 2918 Sayılı Kara yolları Trafik Kanunu’nun adı geçen maddelerinden 3. maddesi, kanunda geçen işleten sıfatının araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama ariyet veya rehin gibi alan kişiler için kullanılacağını hükme bağlamaktadır. Yüksek Mahkeme’nin atıfta bulunduğu KTK’nın 85. maddesinin birinci fıkrası da bu işletenin sorumluluğunu ele almaktadır. Buna göre: “*Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.*” hükmünü taşımaktadır. Burada işleten yanında kullanılan teşebbüsün sahibi sıfatından anlaşılması gereken, işletenin aracını kendi sorumluluğu altında çalıştıran kuruluş ya da kişidir. Örneğin şehirlerarası yolcu taşıyan otobüs firmalarında kullanılan ve finansal kiralamaya konu olmuş bir aracın işleteni; finansal kiracı, teşebbüs sahibi ise o otobüs firmasının sahibi yani işletenidir. Bu iki kurumun trafik kazalarındaki sorumluluğu kanunda öngörüldüğü üzere zincirlemedir (*müteselsildir*).

Kuş bakışı fotoğrafını çektiğimiz trafik kazalarındaki finansal kiralama şirketlerinin sorumluluğu (*ya da sorumsuzluğu*), sadece malûmun iza-hı olmayacak aynı zamanda trafik cezalarındaki sorumluluğun düzenlenmesinde de yolumuzu aydınlatacaktır.

KTK'nın 114. maddesi cezaların sürücü adına kesileceğini özellikle belirtmektedir. Esas olarak trafik ihlâl suçunu işleyenin aracı o anda kullanan olduğu için trafik cezasının sorumluluğu kanunun da öngördüğü üzere araç sürücüsünün ki o da büyük olasılıkla finansal kiracının üzerindedir. Kanun gereği yetkili trafik görevlisi, ihlâli gördüğü yerde aracı durdurur arak ceza tahakkuk ettirecek ve bu ceza o anda tahsil edilecektir. Tahsilin o an olanaklı bulunmadığı durumlarda ise, sürücünün yanında düzenlenen ceza tutanağının bir örneği kendisine verilmekte, diğer örnek ise Maliye Bakanlığı, bağlı birimine gönderilerek *Amme Alacakları'nın Tahsili Usulü Hakkında Kanun* gereğince işlem yapılmaktadır.

Trafik cezasının tebliğden itibaren bir ay içinde ödenmesi gerekir, aksi takdirde gecikilen her ay için % 5 faiz tahakkuk ettirilir. Ay kesirleri tam ay olarak hesaplanır. Yani cezanın kesildiği tarih temel alındığında, bu tarihten kırk beş gün sonra ödenen bir trafik cezasına on beş günlük gecikmeden kaynaklı % 2,5 değil öngörüldüğü üzere bir ay üzerinden % 5 gecikme faizi tahakkuk ettirilir. Bu ceza doğrudan sürücü adına kesildiğinden işleten olarak finansal kiracı doğrudan sorumludur. Uygulamada da herhangi bir sorunla karşılaşmamaktadır.

Bu yazının çıkış noktasını oluşturan ve uygulamada sorun teşkil eden asıl sorun trafik cezalarının aracın plâkasına göre kesilip, sicil kayıtlarında malik olarak gözüken bu cezanın ödenmesi için ihbar gönderilmesidir. Yani giyapta kesilen trafik cezalarıdır. Bu cezalar da dayanağını KTK'nın 116. maddesinden almaktadır. Buna göre: 116. Madde “*Trafîği tehlikeye düşürecek, engel olacak biçimde veya yasaklanmış yerlerde park etmiş araçlara veya trafik kural ve yasaklarına aykırı davranışları belirlenmiş bulunan, kara yolları ağırlık kontrol mahallerinde işaret, ışık, ses veya görevlilerin ikazına rağmen tartı sistemine girmeden seyrine devam eden ve sürücüsü tespit edilemeyen araçlara tescil plâkalarına göre ceza veya suç tutanağı düzenlenir,*” demektedir. Bu maddeden edinilen ilk izlenim ortaya çıkacak tehlike sorumluluğunu sicilde adı görünen malike ait olduğu yönündedir. Ancak bu maddede açıkça anlaşıldığı üzere, “*sürücüsü tespit edilemeyen*” ibaresine özellikle vurgu yapılmaktadır. Kanun koyucunun asıl amacı sürücüyü saptamaktır. Sürücünün saptanması için tescilde malik olarak gözüken ancak işleten olmayan finansal kiralama şirketine ceza ihbarnamesi yollanmaktadır. Sürücünün başka türlü saptanması olanağı olmadığından kanun koyucunun bu objektif sorumluluk ilkesinden yararlandığına tanık oluyoruz. Çağdaş hukuk sistemlerinde bu tür objektif sorumluluklara son derece ayrıksal durumlarda başvurulduğu bir gerçektir. Bu nedenle asıl olarak kanun koyucunun başka bir seçeneği kalmadığından bu yola başvurduğu da aşikârdır. Hem kanun metninin satır aralarından hem de cezaların şahsiliği ilkesinden asıl amacın sürücüye ulaşmak olduğu yorum yoluyla anlaşılmaktadır.

Bu hükmü düzenleyen 116. maddenin devamında, ceza tutanağını tebliğ alan malikin (*finansal kiralama şirketi'nin*) yedi günlük süre içerisinde-

de bulunduğu yerdeki Trafik Mahkemeleri'ne bunların olmadığı yerlerde de Sulh Ceza Mahkemeleri'ne itiraz edilebileceği öngörülmektedir. Uygulamada cezalara yapılan itiraz tutanaklarının açık biçimde yazılmaması, ihlâlin neden kaynaklandığı ve hangi tarihte meydana geldiği gibi konularda açıklık olmaması hallerinde cezanın iptal edildiği gözlemlenmektedir. Mahkeme tarafından verilen yetkiler kesindir. Bunlara itiraz edilemez.

Kanımızca, kiracısının zilyetliğinde bulunan buna karşın sözleşme süresi tamamlanmadığı için sicil kayıtlarında hala malik görünen finansal kiralama şirketi kiracısının kusurundan dolayı kesilmiş trafik ceza ihbarnamesini, alırmaz finansal kiralama sözleşmesinin bir örneğini ekleyerek bulunduğu yer mahkemesine bu cezaya itiraz etmelidir. Böylece yetkili mahkeme, aracın finansal kiralama şirketinin kullanımında olmadığını anlayacak, finansal kiralama sözleşmesinde kiracı görünen işletene cezayı yönlendirmesi için ilgili sicil müdürlüğüne durumu iletacaktır. Cezanın finansal kiralama şirketi açısından olan kısmını iptal edecektir. Bu savımıza dayanak oluşturması için kazalar karşısında finansal kiralama şirketlerinin sorumsuzluğuna değinen Yargıtay kararlarına atıftan yararlanabiliriz. Değindiğimiz üzere Yüksek Mahkeme tarafından trafik kazalarındaki sorumluluğun işletene yükleneceği, bu konuda finansal kiralama şirketlerinin sorumluluğuna gidilemeyeceği belirtilmişti. Keza trafik cezalarında da tahakkuk ettirilen ihbarnamelerin ödenmesinde sırf sicilde malik olarak görüldüğü için finansal kiralama şirketinin sorumlu olacağını düşünmek hiç bir hukuk ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Eğer finansal kiralama şirketlerinin sorumluluğuna gidilseydi duraksamadan trafik kazalarında da gidilirdi. Buna karşın Finansal Kiralama Kanunu gereği kiracının zilyetliğine terk edilmiş aracın kazaya karışmasından sorumlu olmadığına hükmedip trafik cezalarından sorumlu olacağını düşünmek, hukuk mantalitesine aykırılık teşkil edecektir.

Cezanın yetkili mahkemece husumet yönünden ret edilerek, esas sorumlunun kiracı olacağı belirtilerek yetkili trafik biriminin cezayı buna göre yeniden tahakkuk ettirmesi hukuka ve hakkaniyete uygun bir çözüm yolu olacaktır. KTK'nın 112. maddesi kanunda “düzenlenen suçları işleyenler” diyerek esas olarak trafik ihlâlini gerçekleştireni hedeflediğini açıkça belirtmektedir. “Suçu işleyenlerin” dendiğine ve trafik ihlâl suçunu da finansal kiracı işlediğine göre gıyapta kesilen trafik cezasının finansal kiralama şirketini bağlaması hukuken mümkün değildir.

Sicilde görülen kayıtlara itibar edilerek trafik ceza tutanağının malik adına düzenlenmesine, sicil kayıtlarının güvenilirliklerini ve aksinin ispatının mümkün olup olmadığı sorusunu da gündeme getirmektedir. Ülkemizde birçok araç satışının fiili satışları yapılmakta ancak bu satışlar sicil kayıtlarında görünmemektedir. Öyle ki; bazen bir araç zincirleme olarak beş altı kez el değiştirmekte ancak sicil kayıtlarında malik olarak aracın çok önceki sahibi gözükmektedir.

Sicil kayıtlarının kesin delil olmadığı aksinin her zaman kanıtlanabileceği de uygulamada bilinen bir durumdur. Kazaya karışan araçların tazminat sorumluluğu davalarında mahkemelere sunulan noterliklerce düzenlenmiş devir işlemleri geçerli sayılarak sicil kayıtlarının aksi kanıtlanmaktadır. Trafik sicil kayıtlarının hukukî niteliğini tanımlamada Yüksek Mahkeme'nin verdiği ve İstanbul Barosu Dergisi'nin Eylül Ekim sayısında yer verilen yeni bir karar bu konudaki us karışıklığını giderici niteliktedir.

4. Hukuk Dairesi'nin 2004/11360 E. 2005/5391 K. Sayılı ve 12.05.2005 tarihli kararında şu hususların altı çizilmiştir. “...Zarara sebebiyet veren olaya karışan araç, trafikte davalı adına kayıtlıdır. Davacı, bu kaydı esas alarak işleten sıfatıyla davalı hakkında takip başlatmış, itirazla karşılaşınca da bu davayı açmıştır. 2918 Sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın 3 ve 19. maddeleri hükümlerine göre trafik kaydı “işleteni” kesin olarak gösteren bir karine değilse de, onun kim olduğunu belirleyen güçlü bir kanıt niteliğindedir. Ancak trafik kaydına rağmen işletenliğin üçüncü kişi üzerine bırakılmasına engel bir hüküm de yoktur. İşletenlik, trafik kaydı adına olan kişiden mülkiyeti muhafaza kaydı ile satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süre ile kiralama, ariyet veya rehin gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişiye geçmiş olur. Bu bakımdan, işletenliğin kayda rağmen başkasına geçmiş bulunduğu her zaman ispatlanabilir. Fakat bu konuda getirilecek delillerin üçüncü kişileri bağlayabilecek nitelikte ve güçte olması, özellikle zarara uğrayanların haklarını halele uğratacak bir sonuç yaratmaması şarttır. ...Haksız eylemden zarar gören kişi, üzerinde işletenlik niteliği bulunmayan kişinin hukukî halefi değildir. Ancak, özellikle trafik olaylarına karışan araçların oluşturdukları zararın ödetilmesini imkânsız kılmak için muvazaalı olarak eski tarihle düzenlenen sözleşmelerden bu sözleşmelerde üçüncü kişi durumunda bulunan mağdurların zarara uğramasını önlemek amacıyla bu gibi belgelerin onlara karşı hüküm ifade edebilmesi için sözü edilen maddede ön görülen koşulların kıyasen aranması hakkaniyete uygun düşmektedir. Nitekim Yargıtay'ın uzun süre içtihadı da bu yöndedir.”

Yüksek mahkeme, trafik kayıtlarının kesin kanıt niteliğinde olmadığını özellikle vurgulamış ancak zarara uğrayan üçüncü kişilerin danışıklı işlemlere karşı korunması için tedbiren bu kayıtların güçlü birer kanıt niteliğinde olduğunu vurgulamıştır.

Bizim de yukarıda anlattığımız gibi gerek kanun koyucu gerekse de Yargıtay tarafından trafik kaza ve cezalarında sorumluluk her zaman gerçek işletenin saptanmasına göre belirlenecektir. Finansal kiralama sözleşmeleri üçüncü kişileri de bağlayan kesin delillerdir. Çünkü bu sözleşmeler düzenleme şeklinde yapılarak noterlerce onanmaktadır.

Sonuç olarak trafik kazalarından dolayı finansal kiralama şirketlerine husumet yöneltilemez. Trafik kayıtlarında malik görüldüğü için gi-

yapta kesilen trafik ceza ihbarları finansal kiralama şirketlerine gönderilebilir ancak finansal kiralama şirketinin bu cezaya itiraz ederek, işleteni mahkemeye bildirmesi durumunda mahkemenin de finansal kiralama şirketi adına kesilen trafik cezasını iptal ederek, esas sorumlu olan işletenin bu cezayı ödemesi gerektiğini yetkili trafik birimine ilâmında bildirilmesi gerekmektedir.

Son olarak otoyol ve köprülerden yapılan kaçak geçişlerde de sorumsuzluk kuralının aynen uygulanması gerekir. Çünkü orada da araçlar kaçak geçiş anında yakalanamadıklarından trafik kaydına göre işlem yapılmaktadır. Özellikle sözleşmesi bittiği halde aracın kaydını üzerine almayan kötü niyetli kiracılar, otoyol ve köprülerden sürekli kaçak geçiş yaparak finansal kiralama şirketlerini büyük zararlara uğratmaya çalışmaktadırlar. Yapılacak itirazlarda bu duruma da *KTİK 115. madde hükmünün* kıyasen uygulanması hukuka elverişli bir çözüm olacaktır.

Uygulamada bu yönde kötü niyetli finansal kiracılar hakkında açılmış kamu davalarının bulunması trafik olaylarında zilyet durumunda olmayıp kayıt üzerinde malik olarak gözüken finansal kiralama şirketlerinin sorumsuzluğunu teyit edici niteliktedir.



Derleyen: Av.Yörük KABALAK

“DAİRE”YE GÖRE KARAR DERLEMESİ - İSTİHKAK SAVI -

*Bu bölümde sunduğumuz Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Kararları
Mersin Barosu avukatlarından Hulki ÖZEL tarafından dergimize gönderilmiştir.*

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/12100 K: 2004/1165 T: 17.02.2004

HAKKINDA İFLAS KARARI VERİLEN ŞİRKET • DAVADA TARAF OLUŞUMU

Özet: *Hakkında verilen iflas kararı kesinleşen şirket, davada taraf olma ehliyetini yitirmiştir. Bu nedenle dava dilekçesinin iflas masasına tebliğ edilmesi suretiyle taraf oluşumu sağlanarak davaya devam edilmelidir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizden tetkiki davacı (3. kişi) vekili tarafından istenmiş, merciice ilamında belirtildiği şekilde istemin reddine karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Havva Aydın'ı tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı şirket, dava dilekçesinde belirttiği taşınır malların, mülkiyetinin kendisine ait olduğunun tespitine ve iflas masasından çıkarılarak teslimine karar verilmesini istemiştir. Bu yönüyle uyuşmazlık İİK'nın 228. maddesine ilişkin istihkak davasıdır.

Bu nedenle davalı şirketin iflasına Balıkesir 2. Asliye Hukuk Mahkemesince karar verildiği dosyadaki karar ve diğer kanıtlardan anlaşılmaktadır. Hakkında iflas kararı kesinleşen şirket, davada taraf olma ehliyetini yitirmiş olup, yerine iflas masası geçmiştir. İflas masasına dava dilekçesi ve davetiye tebliği olunarak taraf oluşumu sağlandıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekirken bu yön gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Nitekim dava dilekçesinde Balıkesir 1. İcra İflas Dairesi Müdürlüğü'nde davalı olarak gösterilmiş ancak iflas idaresine dava dilekçesi tebliğ edilmeden sonuca gidilmiştir.

O halde davacı 3. kişinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 17.2.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2003/10428 K: 2004/1175 T: 17.02.2004****BORÇLU İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN BİRLİKTE OTURMASI
• MÜLKİYET KARİNESİ • İKNA EDİCİ KANIT***(İİK m. 97/a)*

Özet: Davacı üçüncü kişi ile borçlu baba oğula haciz birlikte oturulan adreste gerçekleştirilmiştir. Bu durumda mülkiyet karinesi alacaklı yararınadır. Ancak ikna edici delil ileri sürülerek söz konusu karinenin aksinin ispatlanması mümkündür.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davacı (3. Kişi) vekili tarafından istenmiş, merciice ilamında belirtildiği şekilde isteğin reddine karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve *Tetkik Hakimi Havva Aydın* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre davacı 3. kişinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davacı 3. kişi ile borçlu baba oğuldur. Haciz birlikte oturulan adreste gerçekleştirildiğinden İİK'nın 97/a maddesi uyarınca mülkiyet karinesi borçlu dolayısıyla alacaklı yararınadır. Ancak bu yasal karinenin aksi tanık dahil her türlü güçlü delille kanıtlanabilir. (İİK. 97/a, 2.bend) Nitekim Edirne Tarım İl Müdürlüğü'nün 17.4.2003 tarihli yazısından hacizli büyük baş hayvanlardan TR22 66633, TR22 68957, TR22 68960 *kulak numaralı* hayvanların davacı adına kayıtlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı adına kayıtlı hayvanlar yönünden mülkiyet karinesinin aksi ispatlanmış olduğundan davanın kabulü gerekirken reddi usul ve yasa aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde davacı 3. kişinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 17.2.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/681 K: 2004/1200 T: 17.02.2004****ALACAKLI YARARINA OLUŞAN MÜLKİYET KARİNESİ***(İİK m. 97/a)*

Özet: *Haciz, ödeme emrinin borçluya tebliğ edildiği işyerinde yapıldığına göre, mülkiyet karinesi alacaklı yararınadır. Bu yasal karinenin aksi 3. kişi tarafından kesin ve inandırıcı delillerle kanıtlanmalıdır.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davalı (*alacaklı*) vekili tarafından istenmiş, merciice ilamında belirtildiği şekilde istegin kabulüne karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve *Tetkik Hakimi Hacer Pat* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık, 3. kişinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir.

Haciz borçluya ödeme emrinin tebliğ edildiği işyeri adresinde yapılmıştır. İİK'nın 8. maddesine göre aksi ispat olunana değin geçerli haciz tutanağı içeriğine göre de borçlunun haciz adresinde bulunduğu açıktır. Bu halde İİK'nın 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesi (*borçlu*) dolayısıyla (*alacaklı*) yararınadır. Yasal karinenin aksi davacı 3. kişi tarafından kesin ve inandırıcı delillerle ispatlanmalıdır. Davacı tarafından ibraz olunan kira sözleşmesi apartman aidat makbuzu, telefon sözleşmesi ile vergi levhası mülkiyeti ispata yeterli belgelerden olmadığı gibi borç doğumundan sonra düzenlenmiş ve isteyen her kişi adına düzenlenmesi olanaklı faturanın da karinenin aksini ispata yeterli olmadığı açıktır.

Bu durumda, hacizli menkuller yönünden yasal karinenin aksi kanıtlanmadığından davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü usul ve yaya aykırıdır.

O halde, davalı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 17.2.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2003/11455 K: 2004/1387 T: 23.02.2004****İSTİHKAK DAVASININ KOŞULLARI • YARGILAMA YÖNTEMİ***(İİK m. 97, 99)*

Özet: Alacaklının, haciz ve istihkak iddası prosedürünün yanlış olduğunu ve üçüncü kişinin istihkak iddiasının yerinde olmadığını ileri sürerek İcra Hakimliği'ne yaptığı başvurunun istihkak davası olduğu kabul edilerek yargılama yapılmalıdır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davalı (Borçlu) vekili tarafından istenmiş, merciice ilamında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve *Tetkik Hakimi Nur Algan* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı alacaklı, harç yatırmak suretiyle açtığı davada, borçlu hakkında yapılan haciz işleminin İİK'nın 97. maddesine göre yapılması gerekirken, İİK'nın 99. maddesine göre yapıldığını, 3. kişinin istihkak iddiasının da yerinde olmadığını ileri sürerek reddine karar verilmesini istemiştir.

Uyuşmazlık, niteliği gereği alacaklının 3. kişinin istihkak iddiasının reddi istemiyle, İİK'nın 99. maddesi uyarınca açtığı istihkak davasına ilişkindir.

Bu tür davalarda, istihkak iddiasında bulunan 3. kişinin davalı olarak gösterilmesi zorunludur. Merciiçe, davanın şikayet olarak nitelendirilerek davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu durumda merciice yapılacak iş, öncelikle, borçlu tarafından yararına istihkak iddiasında bulunulan 3. kişi durumundaki R Kırtasiye Dağıtım ve Pazarlama Limited Şirketinin davaya yöntemine uygun şekilde katılımının sağlanması, davalı 3. kişinin göstereceği kanıtların toplanması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesidir. Bu usuli zorunluluk gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 23.2.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/12098 K: 2004/1389 T: 23.02.2004

HACZİN KALDIRILMASI • DAVANIN KONUSUNUN KALMAMASI • YARGILAMA GİDERİ VE AVUKATLIK ÜCRETİNDEN SORUMLULUK

Özet: İstihkak davasına konu olan taşınır mal hakkındaki haczin icra dosyasında alacaklı tarafından kaldırıldığı anlaşıldığına göre, davanın konusunun kalmadığı sonucuna varılmak ve yargılama gideri ve avukatlık ücretinin davanın açılmasına neden olan davalı alacaklıdan tahsiline karar verilmelidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davalı Alacaklı tarafından istenmiş, mahkemece ilamında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Havva Aydın'ı tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık 3. kişinin takip hukukuna dayalı istihkak davasıdır.

İcra Mahkemesince davanın kabulüne karar verilmiş ise de, alacaklı vekiline 27.12.2002 tarihinde icra dosyasında dava konusu taşınır mal hakkındaki haczin kaldırılması için başvuruda bulunulduğu, ve bunun üzerine icra dairesince haczin kaldırıldığı anlaşıldığından davanın konusu kalmamıştır. Bu durumda konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına, yargılama gideri ve avukatlık ücretinin davanın açılmasına neden olan davalı alacaklıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

O halde, davalı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA. temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 23.2.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/11450 K: 2004/1386 T: 23.02.2004

HACZİN YOKLUKTA UYGULANMASI • HACZİN ÖĞRENİLDİĞİ TARİH

(İİK m. 96/3)

Özet: *Haczin borçlunun ve üçüncü kişinin gıyabında yapılarak mahcuz malların yediemine teslim edilmesi durumunda davacı üçüncü kişinin haczi en geç haciz tarihinde öğrendiği kabul edilmelidir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davalı (*alacaklı*) vekili tarafından istenmiş, merciice ilamında belirtildiği şekilde istegin kabulüne karar vermiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve *Tetkik Hakimi Nur Algan* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalı alacaklının aşağıda yazılı bendin kapsamı dışında diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.

2- Davacı 3. kişi, davalı borçlunun annesidir. Taşınır mallar birlikte oturdukları evde 10.6.2000 tarihinde davacı ve borçlunun yokluğunda haczedilmiştir. Haczedilen eşyalar aynı gün, muhafaza altına alınarak evden çıkarılmış ve yediemine teslim olunmuştur. Bu durumda, davacı haczi engeç haciz tarihinde öğrenmiş sayılır. Davacı yedi günlük yasal süre içinde istihkak iddiasında bulunmadığından aynı takipte bu iddiayı ileri sürmek hakkını kaybetmiştir. (İİK Md.96/3) Davacının dava tarihine kadar geçen 3 ay içinde hacizden haberdar olmaması hayatın olağan akışına aykırıdır. Öyleyse davanın süre yönünden reddi gerekirken, kabule karar verilmesi de usul ve yasaya aykırıdır.

Kabule göre de; hacizli malların 18.9.2002 tarihindeki ihalede alacağı mahsuben satılmış olması nedeniyle, İİK'nın 97/10. maddesi hükmü

uyarınca dava konusunun bedele dönüştüğü gözardı edilerek yazılı şekilde haczin kaldırılmasına karar verilmesi de doğru değildir.

O halde, davalı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/388 K: 2004/1390 T: 23.02.2004

ŞİRKETLER ARASINDAKİ İLİŞKİNİN TAKİP HUKUKUNA ETKİSİ

• ALACAKLILARDAN MAL KAÇIRMA NİYETİ

• PARAVAN ŞİRKET

(İİK m. 97/a)

Özet: Davacı şirket aile şirketi olup, borçlu şirket bu şirketin % 80 oranında pay sahibidir. Üstelik davacı şirket borcun doğumundan sonra kurulmuştur. Buna göre davacı şirketin alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla paravan olarak kurulduğu açıkça ortadadır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davalı Alacaklı vekili tarafından istenmiş, mahkemece ilamında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve *Tetkik Hakimi Nur Algan* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık, 3. kişinin takip hukukuna dayalı istihkak davasıdır.

Dava konusu haciz 15.4.2002 tarihinde davacı 3. kişi şirket ile borçlunun birlikte bulundukları adreste gerçekleştirilmiştir. Bu durumda İİK'nın 97/a maddesi 1. fıkrasında öngörülen mülkiyet karinesi borçlu, dolayısıyla alacaklı yararınadır. Davacı şirketin aile şirketi olup, borçlunun da bu şirketin % 80 oranında pay sahibi ve temsilcisi olduğu tartışmasızdır. Davacı şirketin kuruluş tarihi 23.12.1998 olup borcun doğum tarihi olan 30.7.1998 tarihinden sonradır. Dosyadaki bu olgulardan da-

vacı şirketin borcun doğumundan sonra, alacaklılardan mal kaçınmak amacıyla paravan olarak kurulduğu, bu nedenle istihkak iddiasının samimi ve inandırıcı olmadığı açıkça ortadadır. Bu durumda, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasa aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 23.2.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/11060 K: 2004/1532 T: 24.02.2004

İSTİHKAK DAVASINDA ÖN KOŞUL • TRAFİK KAYDINA HACİZ UYGULANMASI • BORÇLUNUN KARDEŞİNİN KONUMU

Özet: İstihkak davası açabilmek için, fiili haciz olmaksızın yalnız trafik kaydına haciz konulması yeterlidir.

Borçlunun kardeşi olan üçüncü kişinin, borçlunun durumunu ve borca batık olduğunu bildiğinin kabulü gerekir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davacı (3. kişi) vekili tarafından istenmiş, merciice ilamında belirtildiği şekilde isteğin reddine karar vermişür. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Havva Aydın'ı tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık İİK'nın 96 ve devamı maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir. Mahkemece aracın trafik kaydına haciz konulmasının dava açmak için yeterli olmadığı fiili haczinde yapılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa istihkak davası açabilmek için trafik kaydına haciz konulması yeterli olup ayrıca fiili haciz gerekli değildir. Ancak somut olayda davacı borçlunun kardeşi olduğundan aracın 1/2 oranındaki payını satın alırken borçlunun borca batık durumunu bildiği borçlunun da alacaklısından mal kaçırmak amacıyla hareket ettiğinin kabu-

l gerekir. Davanın bu sebepten reddi gerekirken anılan gerekçesiyle reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Ne varki sonucu itibariyle doğru olan hükmün HUMK 438/son maddesi uyarınca gerekçe değiştirilerek ONANMASINA, aŗađıda yazılı temyiz harcının temyiz edene yükletilmesine, 24.2.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/12103 K: 2004/1537 T: 24.02.2004

ALACAKLIDAN MAL KAÇIRMAYA YÖNELİK DANIŞIKLI İŞLEMLER

- ADİ NİTELİKTE YAZILI SÖZLEŞME
- ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN HAKLARI

(HUMK m. 299/1)

zet: Hacizli malların borçlunun % 50 ortağı olduğu ŗirketten satın alınıp iki gün sonra tekrar aynı ŗirkete kiralanması hayatın olağan akıŗına aykırı olup alacaklıdan mal kaçırmaya yönelik danıŗıklı iŗlemdir.

Adi nitelikteki yazılı sözleşme üçüncü kiŗilerin haklarını etkilemez.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davalı Alacaklı vekili tarafından istenmiŗ, merciice ilamında belirtildiği ŗekilde isteğin kısmen kabulüne karar verilmiŗtir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaŗıldıktan ve *Tetkik Hakimi Havva Aydınlı* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra iŗin gerekđi dŗnld ve aŗađıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuŗmazlık 3. kiŗinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına iliŗkindir.

Davacı 3. kiŗi limited ŗirket hacizli malların borçlunun ortağı olduğu Saaddettin Otomotiv İnaaat Nakliyat Gıda Sanayii ve Ticaret Ltd. ŗti. ile 13.12.2000 tarihinde imzalanan akaryakıt sözleşmesinin eki olan Ariyet Sözleşmesi gerekđi borçluya teslim edildiğini ileri sürerek haczin kaldırılmasını istemiŗtir. Dava, kısmen kabul edilmiŗse de dosyadaki maddi ve hukuki olgulara uygun dŗmeyen gerekçe ile varılan sonuç doğru bulunmamıŗtır.

Gerçekten dosyadaki mevcut faturalar ve bilirkişi raporuyla da sabit olduğu üzere hacizli mallardan Bosh marka far ayar cihazının Saadettin Otomotiv Ltd. Şti'ne ait iken 12.12.2000 tarihinde egzoz gazı temizleme tesisatının 12.12.2000 tarihinde davacıya sattığı ve satıştan bir gün sonunda davacı 13.12.2000 tarihli sözleşmeye konu edilerek borçluya kiralandığı, hacizli mallardan Arçelik bilgisayarın satışının 15.12.2000 olmasına rağmen daha davacının eline geçmeden 13.12.2000 tarihli sözleşmeyle ariyete konu edildiği anlaşılmaktadır. Dava, konusu hacizli malların borçlu Sİ'nin % 50 ortağı olduğu şirketten satın alınıp 2 gün sonra tekrar bu şirkete kiralanması hayatın olağan akışına aykırı olup alacaklılardan mal kaçırmaya yönelik danişıklı işlemlerdir. Öte yandan adi nitelikteki ariyet sözleşmesi HUMK'un 299/1. maddesi uyarınca alacaklının haklarını etkilemez.

Bu durumda isbat edilemeyen davanın reddi gerekirken aksine düşüncelerle, kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 24.2.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/11357 K: 2004/1580 T: 24.02.2004

TRAFİK SİCİLİNİN İŞLEVİ • ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İYİNİYETİ

(İİK m. 96)

Özet: Aracın satın alınması sonrasında trafik sicilinde haciz kaydı bulunmadığına göre, satın alan üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu kabul edilmelidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizden tetkiki davacı 3. kişi vekili tarafından istenmiş, mahkemece ilamında belirtildiği şekilde istemin reddine karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Nurten Mursal tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir. Davacı 3. kişi, borçlu Mehmet Ergün adına trafikte kayıtlı aracı 18/7/2002 tarihinde noterde düzenlenen satış senedi ile satın almıştır. İcra Müdürlüğü aracı 10/10/2002 tarihinde fiilen haczetmiştir. Davacı bu aracı satın alırken trafik sicilinde haciz kaydı bulunmadığından 2918 sayılı Trafik Yasa'sının 20/d maddesi uyarınca aracın mülkiyetinin davacıya ait olduğunun kabulü gerekir.

Hal böyle olunca kötü niyeti kanıtlanmayan 3. kişinin davasının kabulü gerekirken dosyadaki bilgi ve belgelere uygun düşmeyen danışıklık gerekçesiyle reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı 3. Kişinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Kararın yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 24.2.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/10430 **K:** 2004/1636 **T:** 26.02.2004

**BORCUN DOĞUMUNDAN SONRA GERÇEKLEŞTİRİLEN ANLAŞMALI
BOŞANMA • FATURANIN KANIT OLMA KOŞULU**

(İİK m. 97/a)

Özet: *Takip dayanağı senedin vade tarihinden sonra anlaşmalı olarak boşanan davacı üçüncü kişi ile borçlunun birlikte oturdukları evde yapılan hacizde mülkiyet karinesinin alacaklı yararına olduğu kabul edilmelidir.*

Faturaların gerçek olduğunun saptanması halinde söz konusu karinenin aksinin kanıtlandığının kabulü gerekir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davacı (3. kişi) vekili tarafından istenmiş, merciice ilamında belirtildiği şekilde iste-

ğin reddine karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve *Tetkik Hakimi Zehra Ayan* tarafından düzenlenen rapora dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçeleri sebeplere göre davacı 3. kişinin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

2-Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir.

Takip dayanağı borç 10.6.2000 vade tarihli bonodan kaynaklanmakta olup, haciz borcun doğumundan sonra anlaşmalı olarak boşanan davacı 3. kişi ile borçlunun boşanmaya rağmen birlikte oturdukları evde ve borçlunun huzurunda yapıldığından, İİK'nın 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesi borçlu dolayısıyla davalı alacaklı yararındır. Ancak, bu yasal karinenin aksinin güçlü delillerle kanıtlanması olanaklıdır. Davacının gelir ve kazancının bulunduğu da dosya içerisindeki vergi kaydı ve diğer belgeler ile tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Davacı 3. kişi, kanıt olarak haczedilen eşyalardan Arçelik TV, çamaşır makinası ve Wrıpoll fırın için haciz tarihinden öncesine ait faturalar ibraz etmiştir. Faturaların gerçek olduğu saptandığı takdirde içeriğindeki eşya yönünden yasal karinenin aksinin kanıtlandığının kabulü gerekir. Bu durumda, yukarıda belirtilen 3 adet eşyaya ait fatura dip koçanlarının faturayı düzenleyen firmadan getirilmesi, faturayı düzenleyen firma yetkililerinin tanık sıfatıyla çağrılıp dinlenmesi, gerektiğinde faturanın firmanın ticari defterlerinde, eşyanın da envanterlerinde kayıtlı olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasa-ya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

O halde, davacı 3. kişinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 26.2.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2003/10954 K: 2004/1663 T: 26.02.2004****ŞİRKETLER ARASINDA ORGANİK İLİŞKİ
• ALACAKLIDAN MAL KAÇIRMA AMACI**

Özet: Borçlu şirket ile üçüncü kişi konumundaki şirketin; tescil adresleri, sorumlu ortakları ve faaliyet konuları aynı olduğu dikkate alınarak, anılan şirketler arasında organik bağın bulunduğu ve istihkak davasının alacaklıdan mal kaçırma amacını içerdiği sonucuna varılmalıdır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davalı (alacaklı) vekili tarafından duruşmalı olarak istenmiş, merciice, ilamında belirtildiği şekilde isteğin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Hacer Pat tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan ve temyiz konusu hükme ilişkin dava, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hallerden hiçbirine uymadığından Yargıtay incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir.

Borcun kaynağı toplam 2.462.993.222.369 TL tutarındaki Genel Kredi Sözleşmesidir. Borçlu şirkete ait kredi sözleşme adresi ile Ödeme emri tebliğ adresinin 3. kişi davacı şirketin tescil adresi olduğu açıktır. Hacı 15.2.2000 tarihinde fabrika müdürü Kaya B huzurunda yapılmıştır. Kaya B ekli sicil kayıtlarına göre (*Borçlu*) şirketin fabrika müdürü olup B grubu imzaya da yetkili olduğu ortadadır. Yine (*borçlu*) şirket ortağı ve müdürü olan CFY'nin 3. kişi şirkette Yönetim Kurulu Başkanı olarak ortak olduğu da sicil kayıtları ile sabittir. Her iki şirketin tescil adresleri sorumlu ortakları ve faaliyet konuları aynı olmakla şirketler arasında organik bağın bulunduğu istihkak davasının alacaklıdan mal kaçırma amacını içerdiği açıktır. Ayrıca borç doğumundan sonraki tarihe ait ve her zaman düzenlenmesi olanaklı fatura ile alacaklının haklarını etkilemeyen adi nitelikteki kira sözleşmesi de mülkiyeti ispata yeterli belgelerden ol-

madığı gerçeği karşısında davanın reddi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

Kabule göre de; 22.12.1999 tarihinde T.C. Merkez Bankası Tasarruf Mevduat Sigorta Fonuna devredilen Sümerbank AŞ'nin 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 4491 sayılı Kanunla değişik 14/5 c maddesi hükmü uyarınca harçtan bağışık olduğu gözönünde tutulmaksızın bakiye karar ve ilam harcından sorumlu tutulması da yerinde değildir.

O halde davalı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün BOZULMASINA, 26.2.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/10427 K: 2004/1637 T: 26.02.2004

BOŞANAN EŞLERİN BİRLİKTE OTURMASI • FATURANIN TEK BAŞINA KANIT OLMA NİTELİĞİ

(İİK m. 96, 97, 99)

Özet: Boşanmış olmalarına karşın birlikte yaşamaya devam eden eşlerin boşanmaları danışıklı sayılır ve alacaklının haklarını etkilemez.

Faturanın istenilen kişi adına düzenlenmesi her zaman mümkündür. Bu nedenle güçlü delillerle desteklenmedikçe, faturalar başlıbaşına yeterli kanıt olamaz.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davacı Alacaklı vekili tarafından istenmiş, merciice ilamında belirtildiği şekilde istegin reddine karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve *Tetkik Hakimi Zehra Ayan* tarafından düzenlenen raporda dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık, alacaklının İİK'nın 99. maddesine dayalı istihkak davasına ilişkindir.

Dava konusu ev eşyalarının 4.6.2002 tarihinde davalı 3. kişi ve borçlunun anlaşmalı boşanmaya rağmen birlikte oturdukları evde haczedildi-

ği, İİK'nın 8. maddesi uyarınca aksi- sabit oluncaya kadar geçerli haciz tutanağı içeriğinden açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim, haciz yapılan dairenin bulunduğu apartmanın güvenlik görevlisi ve temizlik işçisi borçlunun yarım saat önce işe gittiğini beyan ederek, oturduğu dairesini göstermişler ve haciz tutanağını da imzalamışlardır. Her ne kadar anılan bu kişiler, duruşmada davalı 3. kişi ile borçlunun ayrı yaşadığını beyan etmişlerse de mahkemece, tanıkların beyanları arasındaki çelişki giderilmemiştir. Öte yandan, haciz mahallinde 7.6.2002 tarihli düğüne ilişkin borçlu ve eşine hitaben yazılmış davetiye bulunmuş ve hacizden sonra kapı çıkışında borçlu adına çıkarılan haziran ayı aidat listesi görülmüştür. Bunların dışında, S Digital İletişim AŞ'nin cevabi yazısında, borçlunun boşanma ilamının kesinleşmesinden sonra 26.11.2000 tarihinde Star Digital'e üye olduğu ve ikametgah adresi olarak da haciz adresini bildirdiği belirtilmiştir. Ayrıca, haciz yapılan dairenin 2000-2002 yıllarına ilişkin bazı aidat ve su bedellerinin borçlu tarafından Finansbank'ta bulunan apartman yönetimine ait hesaba yatırıldığı, söz konusu bankanın gönderdiği dekont ve ekstrelerde görülmektedir.

Boşanmış olmalarına karşın birlikte yaşamaya devam eden eşlerin boşanmaları danişıklı sayılır ve alacaklının haklarını etkilemez. Bu halde, İİK'nın 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesi borçlu dolayısıyla alacaklı yararına olup, yasal karinenin aksini ispat yükü istihkak iddiasında bulunan 3. kişiye aittir. İcra Müdürlüğüne İİK'nın 96 ve 97. maddelerine göre işlem yapılması gerekirken hatalı işlem sonucu alacaklının İİK'nın 99. maddesine göre dava açmak zorunda bırakılmış olması ispat külfetinin yer değiştirmesine neden olmaz. Diğer bir anlatımla, haczedilen eşyaların mülkiyetinin kendisine ait olduğunu ileri süren 3. kişinin bu iddiasını doğrulayacak kanıtları göstermesi gerekir. Davalı 3. kişi tarafından ibraz edilen iki adet faturadan bir tanesinde yer alan eşyaların ayırt edici özellikleri yazılı olmadığı gibi, diğer faturada haciz tarihine yakın bir tarihi taşımaktadır. Kaldı ki, faturalar istenilen kişi adına düzenlenmesi her zaman mümkün olan belgelerden olup, başka güçlü delillerle desteklenmedikçe yasal karinenin aksini kanıtlamaya yeterli olmayacağı dairemizin ve Yargıtay'ın yerleşmiş İçtihatları gereğidir. Diğer taraftan, dinlenen davacı tanıklarının anlatımları inandırıcı ve hükme dayanak alınacak nitelikte olmadığından yasal karinenin aksini ispata yeterli değildir. Hal böyle olunca, davanın kabulü gerekirken yanlış değerlendirme sonucu reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz eden davacıya iadesine 26.2.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2003/11421 K: 2004/1721 T: 01.03.2004****İSTİHKAK SAVI****• HACZİN ÖĞRENİLDİĞİ TARİHİN SAPTANMASI***(İİK m. 97/a)*

Özet: *İstihkak savında bulunan üçüncü kişinin haczi öğrendiğini bildirdiği tarihten önce haczi öğrenmiş olduğu kanıtlanmadığına göre, üçüncü kişinin bildirdiği tarihin geçerli olduğu kabul edilmelidir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davacı (3. kişi) vekili tarafından istenmiş, merciice ilamında belirtildiği şekilde isteğin reddine karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve *Tetkik Hakimi Nur Algan* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir.

Haciz 26.7.2002 tarihinde davacı 3. kişinin ve borçlunun yokluğunda yapılmıştır. Davacı 3. kişi dava dilekçesinde haczi 28.11.2002 tarihinde yeni öğrendiğini ve 2.12.2002 tarihinde icra Müdürlüğünün istihkak iddiasında bulunduğunu yasal süresi içinde dava açtığını ileri sürmüştür.

Dosyada davacının haczi bildirdiği süreden daha önce öğrendiği konusunda kanıt olmadığı gibi dava açma süresinin geçtiği alacaklı tarafından kanıtlanmış da değildir. Bu durumda İİK'nın 97/a maddesi hükmü gereği 9.12.2002 tarihinde açılan istihkak davasının süresinde olduğunun kabulü gerekir.

Hal böyle olunca, süresinde açılan davanın esasının incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken süreden red kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

O halde, davacı 3. kişinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Kararın yukarda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 1.3.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/11420 **K:** 2004/1726 **T:** 01.03.2004

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HACZE İTİRAZI • İSTİHKAK DAVASI YÖNTEMİ

(İİK m. 97/11; HUMK m. 76)

Özet: Olayların hukuksal açıdan değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi yargıca aittir.

Üçüncü kişinin dava konusu araç üzerine konulan haczin kaldırılmasını istemesinin şikayet olarak nitelendirilmesi yanlıştır. Söz konusu istem istihkak davası yöntemi çerçevesinde çözümlenmelidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davalı (alacaklı) vekili tarafından istenmiş, merciice ilamında belirtildiği şekilde istegın kabulüne karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve *Tetkik Hakimi Nur Algan* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı 3. kişi dava konusu araç üzerine konulan haczin kaldırılmasını istemiştir. Her ne kadar dava dilekçesinde icra memuru işleminin de iptalini, istemişse de dilekçedeki açıklamalara göre uyuşmazlığın istihkak davasına ilişkin olduğu açıktır.

Olayların hukuksal açıdan değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi haki-me aittir. Bir uyuşmazlıkta maddi olayın taraflarca yanlış nitelendirilmesi kendilerini ve hakimi bağlamaz hakim tarafların ileri sürdükleri maddi olay ve netice talepleri ile bağlı olup onların hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir.

HUMK'un 76. maddesinin kapsadığı bu ilke ışığında uyuşmazlığın 3. kişinin istihkak davasına ilişkin olduğunun kabulü ile İİK'nın 97/11.maddesi hükmünce genel hükümler ve basit yargılama usulü uygulanarak başvurma harcı ve takip konusu alacak ile mahcuz malın de-

ğerinden hangisi az ise o değer üzerinden 1/4 oranında peşin nisbi ilam harcı alınarak duruşma açılması tarafların delilleri toplanarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken davanın şikayet olarak nitelendirilmesi suretiyle yanılgiya düşölerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde Davalı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Kararın yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 1.3.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/11418 K: 2004/1734 T: 01.03.2004

BORÇLU İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN MENKUL MALI BİRLİKTE ELLERİNDE BULUNDURMALARI • MÜLKİYET KARİNESİ

(İİK m. 97/a)

Özet: Borçlu ile üçüncü kişilerin menkul malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde dahi mal borçlunun elinde addolunur.

Birlikte oturulan yerlerdeki mallardan nitelikleri yönünden, kadın, erkek ve çocuklara aidiyetleri açıkça anlaşılanlar veya örf ve adet, sanat, meslek veya uğraş gereği olanlar bunların farz olunur.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davacı (3. kişi) tarafından istenmiş, merciice ilamında belirtildiği şekilde isteğin reddine karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve *Tetkik Hakimi Nur Algan* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davacı 3. kişinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine.

2- Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96. ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir. Taşınır mal haczi davacı kadın ile davalı borçlunun karı koca olarak birlikte oturdukları evde gerçekleşmiştir. İİK'nın 97/a maddesine göre, borçlu ile 3. kişilerin menkul malı birlikte ellerinde bulundurmaları halinde dahi mal borçlunun elinde addolunur. Birlikte oturulan yerlerdeki mallardan mahiyetleri itibarıyla kadın, erkek ve çocuklara aidiyetleri açıkça anlaşılanlar veya örf ve adet, sanat, meslek veya meşgale icabı olanlar bunların farz olunur. Bu yasal karinenin aksinin kanıtlanması iddia eden kişiye düşer. Somut olayda 30.5.2002 tarihli haciz tutanağında yazılı dikiş makinası örf ve gelenek gereği kadına ait eşyalardan olması nedeniyle bu hacizli mal yönünden istihkak davasının kabulü gerekirken davanın tümünün reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde davacı (3. kişinin) bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Kararın yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 1.3.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/11496 K: 2004/1904 T: 02.03.2004

BOŞANAN EŞLERİN BİRLİKTE OTURMASI • MÜLKİYET KARİNESİ

(İİK m. 97/a)

Özet: Davacı üçüncü kişi ile borçlunun resmen boşanmış olmalarına karşın birlikte oturmaya devam ettikleri anlaşıldığından, hacizli malları birlikte ellerinde bulundurmaları nedeniyle mülkiyet karinesinin alacaklı yararına olduğu kabul edilmelidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davalı (alacaklı) vekili tarafından istenmiş, mahkemece ilamında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Havva Aydın tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir.

Davacı 3. kişi ile borçlunun resmen boşanmış olmalarına rağmen birlikte oturmaya devam ettikleri dosya içeriği ile belirgindir. Nitekim, 3.10.2002 tarihli ihtiyati haciz tutanağından, davacının olay çıkarttığı için haciz yapılamadığı ve hacizde hazır olan borçlunun *"burada oturmakta-
tayım arada sırada anneme gidiyorum"* demek suretiyle birlikte oturmayı kabul ettiği ve tarafların komşusu olan SV'nin de borçlunun haciz uygulanan evde eşiyle birlikte oturduğunu bildirdiği anlaşılmaktadır. Davacının borçlunun özürlü çocuklarının bakımı için haciz mahallinde bulunduğu iddiası samimi bulunmamıştır. Bu durumda davacı ile borçlu hacizli malları birlikte ellerinde bulundurdıklarından İİK'nın 97/a maddesinin birinci fıkrası ikinci cümlesinde öngörülen mülkiyet karinesi alacaklı yararınadır. Bu yasal karinenin aksinin davacı yanca kesin ve inandırıcı kanıtlarla ispat edilmesi gerekir. Davacı hacizli mallara ilişkin mülkiyet belgesi sunmamıştır. Davacı tanıklarının soyut anlatımları da yasal karinenin aksini ispata elverişli değildir. İspat edilmeyen davanın reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde davalı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 2.3.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/1284 K: 2004/1867 T: 23.02.2004****MÜLKİYETİ SAKLI TUTMA SÖZLEŞMESİ
• SATICININ İSTİHKAK DAVASI AÇMA OLANAĞI***(TMK m. 764)*

Özet: Yasanın aradığı koşulları taşıyan mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinde mülkiyet satıcı üzerinde kalır ve alıcıya geçmez. Alıcı ancak satış bedelinin tamamını ödedikten sonra malın sahibi olur.

Bu nedenle mülkiyeti saklı tutma sözleşmesiyle yapılan satışta mal üzerinde aynı hakkı bulunan satıcının istihkak davası açma hakkı vardır.

Ayrıca davalı alacaklı (alıcı borçlunun alacaklısı) böyle bir malın ancak kalan taksitlerini ödemek suretiyle mülkiyet alıcı borçlu üzerine geçtikten sonra bu araçları haczetmek ve satışını istemek hakkını elde eder.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davacı 3. kişi vekili tarafından istenmiş, mercii'ce ilamında belirtildiği şekilde isteğin reddine karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve *Tetkik Hakim Tülay Çınkı* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılan istihkak davasına ilişkindir.

Davacı 3. kişi dava konusu 43 UH 794 ve 43 UH 795 plakalı araçları borçluya 6.3.2002 tarihinde mülkiyeti saklı tutma kaydıyla sattığını; henüz mülkiyet borçluya geçmediği halde davalı alacaklı tarafından haczedildiğini belirterek haczin kaldırılmasını talep etmiştir.

Davacının dayandığı 6.3.2002 tarihli 2 ayrı mülkiyet saklı tutma sözleşmesi TMK'nın 764. maddesine uygun şekilde noterde düzenlenme şeklinde yapılarak devralanın yerleşim yeri noterliğindeki özel sicile tescil edilerek yapıldığı anlaşılmıştır. Yasanın aradığı koşulları taşıyan geçerli bu sözleşme ile mülkiyet satıcı üzerinde kalır alıcıya geçmez. Alıcı ancak satış bedelinin tamamını ödedikten sonra malın sahibi olur.

Somut olayda; mülkiyetin saklı tutulması kaydıyla düzenlenen senette yazılı bakiye satış bedelinin ödendiği ve senet alıcısının bu suretle mülkiyeti iktisap ettiği iddia ve ispat edilememiştir.

Öte yandan, anılan bu sözleşme ile yapılan satışta satıcının mal üzerindeki hakkı şahsi değil aynı hak niteliğinde bulunduğundan satıcının istihkak davası açma hakkı vardır. Bu durumda; davalı alacaklı (*alıcı borçlunun alacaklısı*) böyle bir malın ancak kalan taksitlerini ödemek suretiyle mülkiyet alıcı borçlu üzerine geçtikten sonra bu araçları haczettirmek ve satışını istemek hakkım elde eder.

Mahkemece; davacının seçimlik hakkını kullanarak borçlu hakkında yaptığı icra takibi ile mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinden vazgeçtiği kabul edilmişse de, karara dayanak yapılan Nevşehir 2. İcra Müdürlüğü'nün 2002/2372 sayılı takip ve buna bağlı Tavşanlı İcra Müdürlüğü'nün 2002/777 Talimat sayılı dosya alacağı; anılan sözleşmeden kaynaklanmamaktadır. Sözleşmede düzenlenen senetteki alacak miktarları ile bu takip konusu senet miktarları birbirinden farklı olup; aynı alacağa ilişkin olmadığı açıktır.

Tüm bu maddi ve hukuki olgular karşısında; mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi alacaklısı davacı 3. kişinin; davalı alacaklıya; göre daha üstün bir hakka sahip olduğu; mahkeme kabulünün aksine bu sözleşmeden vazgeçmesinin söz konusu olmadığı ve bu nedenle davalı alacaklının ancak borçlunun kalan borçlarını ödeyerek önce mülkiyetin borçluya geçmesini sağladıktan sonra bu araçları haczettirebileceği dikkate alınarak davacının davasının kabulü gerekirken aksi düşüncelerle reddine karar verilmesi; usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde, davacı 3. kişinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 2.3.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2003/11498 K: 2004/1906 T: 02.03.2004****BORÇLU İLE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN AYNI EVDE OTURMALARI
• MÜLKİYET KARİNESİ • KANIT YÜKÜ**

(İİK m. 97/a, 99, 96)

Özet: Davalı üçüncü kişi ile borçlunun haczin yapıldığı evde birlikte oturdukları anlaşıldığından, mülkiyet karinesi alacaklı yararınadır.

Bu olayda alacaklının dava açmak zorunda bırakılması onun ispat yükünü üzerine aldığı anlamına gelmez.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davacı (alacaklı) vekili tarafından istenmiş, mercice ilamında belirtildiği şekilde isteğin reddine karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve *Tetkik Hakimi Havva Aydın* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık İİK'nın 99. maddesi uyarınca alacaklının 3. kişinin istihkak iddiasının reddi istemine ilişkindir.

Haciz uygulanan ev adresi borçlu MA'nın Ç Vergi Dairesinde kayıtlı olan yerleşim yeridir. Borçlunun bu evde oturduğu Ç Asliye Hukuk Mahkemesinin 2001/529 esas sayılı dosyasındaki tebligat ile de belirgindir. Davalı 3. kişi de haciz adresinde oturmaktadır. Tanıklar da birlikte oturma olgusunu doğrulamıştır. Borçlu ile 3. kişi haczedilen eşyaları birlikte ellerinde bulundurduklarından İİK'nın 97/a maddesinde öngörülen mülkiyet karinesi alacaklı yararınadır. İcra memurunun İİK'nın 96 ve devamı maddeleri yerine İİK'nın 99. maddesine göre işlem yapması sonucu alacaklının dava açmak zorunda bırakılması onun ispat yükünü üzerine aldığı anlamına gelmez. Davalı 3. kişi, davalı durumunda da olsa yasal karinenin aksini ispatlamakla yükümlüdür.

Taktipten sonraki tarihi taşıyan ve her isteyen kişi adına düzenlenebilen belgelerden olan fatura mülkiyet karinesinin aksini ispata yeterli değildir. Kaldı ki davalı kadının bu eşyaları satın alabilecek ekonomik bir güce sahip olduğu da iddia ve ispat edilememiştir. Davalı dayanağı 4.6.2001 tarihli adi nitelikteki kira sözleşmesi de HUMK'un 299/1 maddesi uyarınca alacaklıların haklarını etkilemez.

Davalı üçüncü kişi, yasal karinenin aksini ispat edemediğinden davanın kabulü gerekirken reddi usul ve yasaya aykırıdır.

O halde, davacı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz hacının istek halinde temyiz edene iadesine, 2.3.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/11067 **K:** 2004/1902 **T:** 02.03.2004

TRAFİK SİCİLİNDE TEDBİR • ARACIN TİCARİ PLAKASININ SATILMASI • ALACAKLININ HAKLARI

(İİK m. 86/3)

Özet: Trafik sicilinde “üçüncü kişilere devrinin önlenmesine ilişkin tedbir şerhi” bulunan aracın ticari plakasını dürüstlük kurallarına aykırı olarak satın alan davacının araç üzerinde elde ettiği haklar, alacaklının haklarını etkilemez.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davalı (alacaklı) vekili tarafından istenmiş, mahkemece ilamında belirtildiği şekilde isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Havva Aydın tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve onu izleyen maddelerine dayalı istihkak davasına ilişkindir. Davacı 3. kişi noter sözleşmesiyle 20.2.2002 tarihinde ticari plakasını devraldığı 39 T 0035 plaka sayılı aracın kaydına 2.4.2003 tarihinde konulan haczin kaldırılmasını istemiş istek mahkemece aynen hüküm altına alınmış sa da dosya içeriğine uygun düşmeyen gerekçelerle varılan sonuç doğru bulunmamıştır.

Gerçektende takip dayanağı borç 30.11.2001 tarihli trafik kazasından kaynaklanmaktadır. Davalı alacaklı uğradığı zararın giderilmesi için Kırklareli Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/97 E. Sayılı dosyası ile taz-

minat davası açmış anılan dosyada borçlu adına kayıtlı davaya konu 39.T.0035 plaka sayılı aracın sicil kaydına ihtiyati tedbir konulmuştur.

Yapılan yargılama sonucunda davacı lehine 1.209.440.000 TL'lik alacağın 30.11.2001 tarihinden itibaren faizi ile birlikte tahsiline hükmolunmuştur. Davacı 3. kişi ile borçlu, baba oğuldur. Borçlu tarafından aracın ticari plakası borcun doğumundan hatta Asliye Hukuk Mahkemesinin ihtiyati tedbir kararından sonra noter sözleşmesiyle 20.2.2002 tarihinde davacıya devredilmiştir. Trafik sicilinde " 3. kişilere devrinin önlenmesine ilişkin tedbir şerhi" bulunan araç plakasını dürüstlük kurallarına aykırı olarak satın alan davacının araç üzerinde elde ettiği haklar, alacaklının haklarını etkilemez. (İİK mad.86/3) Bu nedenlerle davanın reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde, davalı alacaklının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 2.3.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/11889 K: 2004/1896 T: 02.03.2004

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İSTİHKAK SAVI • TAKİBİN ERTELENMESİ • TEMİNAT YATIRMA ZORUNLULUĞU

(İİK m. 36, 97/1,3)

Özet: Üçüncü kişinin istihkak ididası üzerine takip işlemlerinin ertelenmiş sayılması için, alacaklının olası zararı karşılığı yasada belirlenen teminatın alınması gerekir.

Bu tazminatın alınmamış olması durumunda üçüncü kişi davacı tazminatla sorumlu tutulamaz. Zira, yasanın aradığı ön koşul gerçekleşmemiştir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davacı (3. kişi) vekili tarafından istenmiş, mahkemece ilamında belirtildiği şekilde isteğin reddine karar vermiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Nurten Mursal tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillere hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre davacı 3. kişinin aşağıda yazılı bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Uyuşmazlık İİK'nın 96. ve onu izleyen maddelere dayalı 3. kişinin istihkak davasına ilişkindir.

Alacaklı TD tarafından borçlu HİÖ aleyhine yürütülen icra takibi sırasında borçluya ait işyerinde 30.7.2003 tarihinde yapılan taşınır malların haczi üzerine 3. kişi MB tarafından *"bu işyeri bana aittir, borçlunun bu işyeri ile hiçbir ilgisi yoktur"* denilmek suretiyle, kendi adına istihkak iddiasında bulunmuş ve istihkak iddiasına alacaklı tarafından süresinde itiraz edilmesi üzerine dosya İcra Mahkemesine gönderilmiştir. (İİK 97/1)

Mahkemece 19.8.2003 tarihinde takibin ertelenmesine karar verilmiştir. İİK'nın 97/3. maddesine göre *"Takibin talikine karar verilirse, haksız çıktığı takdirde alacaklının muhtemel zararına (İİK Md.97/13) karşı davacıdan 36. maddede gösterilen teminat alınır."* hükmü öngörülmüştür. Yasanın Mercii teminat alınarak takibin ertelenmesi kararı verilmişse, haczedilen mal veya hakka ilişkin takip işlemleri ertelenmiş sayılır. Ancak takip işlemlerinin ertelenmiş sayılması için, İİK'nın 97/3. maddesi uyarınca alacaklının muhtemel zararı karşılığı 36. maddede gösterilen teminatın alınması zorunludur. Tetkik Mercii takibin ertelenmesine karar vermiş olmasına karşın 3. kişiden teminat alınmasını kararlaştırmamış veya karar altına almış olsa bile bu teminat 3. kişi tarafından yatırılmamışsa, İcra Müdürlüğü takibe devam eder. Çünkü böyle bir durumda istihkak davası yüzünden alacağın tahsilinin geciktiğinden söz edilemez.

Somut olayda, malikemece takibin ertelenmesine karar verilmiş olmasına karşın, 3.kişiden teminat alınmadığından, davacının %40 tazminatla sorumlu tutulmasına ilişkin İİK'nın 97/13. maddesi koşulları alacaklı yararına oluşmamıştır. Bu nedenle davacının tazminatla sorumlu tutulması doğru değildir. Ancak bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden kararın HUMK'un 438/7. maddesi uyarınca düzeltilmesi gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıdaki gerekçelerle hükmün 1. bendinde yer alan *"asıl alacağın 2.050.000.000 liranın %40'ı oranında icra tazminatının davacıdan alınıp davalı Alacaklıya verilmesine"* rakam ve sözcüklerin hükümden çıkarılmasına, hükmün düzeltilen bu şekli ile ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edene yükletilmesine. 2.3.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 02.03.2004 gün ve 2003/11414-2004/1865 sayılı kararın da aynı doğrultudadır.

İstihkak davalarında nisbi vekalet ücreti belirlenirken; hacizli malın değeri takip konusu alacakdan daha az ise, hacizli malın değeri esas alınır. Buna karşın hacizli malın değeri takip konusu alaktan fazla ise, takip konusu alacağın miktarı esas alınarak vekalet ücreti hesaplanır. Yargıtayın yerleşmiş uygulaması bu doğrultudadır.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2003/11408 K: 2004/1862 T: 02.03.2004****İSTİHKAK DAVASINDA VEKALET ÜCRETİ**

Özet: *İstihkak davaları nisbi vekalet ücretine tabidir.*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizen tetkiki davalı (*alacaklı*) vekili tarafından istenmiş, merciice ilamında belirtildiği şekilde istegin reddine karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve *Tetkik Hakimi Tülay Çınkı* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalı alacaklının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine.

2-Uyuşmazlık 3. kişinin İİK'nın 96 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılan istihkak davasına ilişkindir.

İstihkak davaları; karar tarihinde yürürlükte, bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 11. maddesinin 4. fıkrası son cümlesi gereğince nispi vekalet ücretine tabidir. Mahkemece bu husus gözardı edilmek suretiyle maktu vekalet ücretine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

Ne varki bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK 438/7 maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

SONUÇ: Yukarı da açıklanan nedenlerle hükmün 4. bendinde yer alan " 100.000.000 TL" rakamının silinerek yerine " 677.948.000 TL" rakamının yazılmasına ve hükmün değiştirilen ve düzeltilen bu şekli ile ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edene yükletilmesine, 2.3.2004 günümde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2003/12109 K: 2004/1995 T: 04.03.2004****İSTİHKAK DAVASINDA KARAR VE İLAM HARCİ**

Özet: *İstihkak davasında, takip konusu alacak tutarı ile haczedilen malın değerinden hangisi az ise o değer üzerinden karar ve ilam harcı belirlenir.^(*)*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı kararın temyizden tetkiki davalı-karşı davacı (*alacaklı*) vekili tarafından istenmiş, merciice ilamında belirtildiği şekilde davacı-karşı davalı 3. kişinin davasının kabulüne, davalı-karşı davacı alacaklının davasının reddine karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve *Tetkik Hakimi Zehra Ayan* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre davalı-karşı davacı alacaklının aşağıda yazılı bentlerin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddine,

2- 28.11.2002. tarih ve 24950 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Ücret Tarifesi'nin 21. maddesine göre davalı-karşı davacı alacaklı aleyhine hükmedilen vekalet ücretine KDV ilavesine karar verilmiş ise de bu sonuç yerinde değildir.

Gerçekten, Anayasanın 73. maddesi "*vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir ve kaldırılır*" düzenlemesini içermekte olup, öğreti ve uygulamada verginin yasallığı ilkesi olarak adlandırılan bu ilke vergi, resim, harç ve benzeri kamusal erke dayalı bütün yükümlülüklerin yasayla düzenlenmesi zorunluluğunu öngörmektedir. Vergi yükümlülüğünün konusu, yükümlüsü, matrahı ve oranı gibi unsurların yanında vergiden doğan ödev ve usul ilişkilerinin de yasayla düzenlenmesi gereği anılan hükmün zorunlu sonucudur. 4.12.2002 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 2.1 maddesi ile "*Bu tarifede yer alan ücretlere 3065 sayılı Kanun hükümleri gereği Katma Değer Vergisi ayrıca ilave edilir.*" düzenlemesi getirilmiş ise de bu düzenlemenin "*yasa*" metni olmadığı ve verginin yasallığı ilkesine aykırı şekilde takdir edilen vekalet ücretine KDV uygulaması isabetsizdir.

(*) *İstihkak davalarında vekalet ücretinin hesaplanmasında da aynı yöntem uygulanır.*

3- Öte yandan, istihkak davasının kabulüne karar verildiğine göre, alacak tutarı ile haczedilen malın değerinden hangisi az ise, o değer üzerinden Harçlar Kanununa ekli (1) Sayılı Tarifenin Yargı Harçları bölümünün A)-1-a) maddesi uyarınca %54 oranında hesaplanacak karar ve ilam harcından peşin alınan karar ve ilam harcı indirilerek kalan karar ve ilam harcının davalıdan alınması gerekirken eksik harca hükmedilmesi de usul ve yasaya aykırıdır.

Ne var ki, kamu düzenine ilişkin bu yanlışlıkların düzeltilmesi yenden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden temyiz edenin sıfatına bakılmaksızın HUMK'un 438/7. maddesi gereğince hükmün düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

SONUÇ: Yukarıdaki gerekçelerle hüküm fıkrasındaki "*davacı karşılık davalı yönünden peşin harcın mahsubu ile bakiye 77.636.000 TL. bakiye harcın davalı karşılık davacıdan alınarak hazineye irat kaydına*" sözcüklerinin silinerek yerine "*alınması gereken 334.800.000 TL. ilam harcından peşin alınan 4.960.000 TL. harcın indirimi ile kalan 329.840.000 TL. ilam harcının davalı-karşı davacı alacaklıdan tahsiline* sözcüklerinin yazılmasına; ayrıca, hüküm fıkrasında iki ayrı yerde geçen "*%18 KDV ile birlikte*" rakam ve sözcüklerinin silinmesine ve hükmün değiştirilen ve düzeltilen bu şekli ile ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edene yükletilmesine 04.03.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2003/12-442 K: 2003/445 T: 2.7.2003****VEKALET GÖREVİNİN KAPSAMI • DAVADA VEKALET
• İCRA AŞAMASINDA VEKALET • VEKİLE TEBLİGAT
• VEKİLİN ADININ İLAMDA BELİRTİLMESİ***(Avukatlık Yasası m. 171; HUMK. m. 62; Tebligat Yasası m. 32)*

Özet: *Avukat, üzerine aldığı işi yasa hükümleri ve yazılı sözleşme koşullarına göre sonuna kadar takip eder. Buna göre davada vekalet görevini üstlenmiş olan avukatın icra aşamasında da vekil sıfatı devam eder.*

Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır.

Mahkeme ilamında ismi belirgin olan vekilin, vekillik sıfatını kanıtlaması için icra dosyasına vekaletname ibraz etmesi gereksizdir.

Taraflar arasındaki "**İcra Takibinin İptali**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Akşehir İcra Tetkik Merciiince istemin reddine dair verilen 27.11.2002 ve 2002/108-124 sayılı kararın incelenmesi Davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 18.02.2003 gün ve 309-2780 sayılı ilamı ile;

(...Avukatlık Kanunu ve Yönetmeliğin 171.maddesi gereğince avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümleri ve yazılı sözleşme şartlarına göre sonuna kadar takip eder. Takip dayanağı boşanma ilamında borçlu vekille temsil edilmiştir. HUMK'un 62-68, Avukatlık Kanunu'nun 41, Tebligat Kanunu'nun 11. maddeleri gereğince vekille takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Açıklanan nedenle, takip dosyasındaki icra emrinin vekil yerine asile tebliğ olunması usulsüzdür. Mercice icra emri tebliğ işleminin iptaline karar vermek gerekirken, dayanak ilam göz ardı edilerek, borçlu vekilinin icra dosyasında vekaleti olmadığından bahisle talebin reddine karar verilmesi isabetsizdir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı/borçlu vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Dava, takibin usulsüz tebligat nedeniyle iptali istemine ilişkindir.

Öncelikle; her iki tarafın da bozmaya uyulmasını istemeleri karşısında davanın ve uyuşmazlığın niteliğine göre mahkemece resen direnme kararı verilip verilemeyeceği hususunun çözümü gerekmektedir.

Davacı borçlu yanca iptali istenen takip, ilama dayalı olup, nafaka alacağına ilişkindir. Nafakaya ilişkin hükümler aile hukuku kapsamında olup, kamusal niteliklidir. Diğer taraftan, tebligatın usulüne uygunluğu hakim resen göz önüne alması gereken kamu düzeni (ile ilgili) yanı ağır basan hususlardandır. Her iki yönüyle de tarafların uyma istemelerine karşın mahkemece resen direnme kararı verilmesi yasal olarak mümkün görülmekle ön sorun aşıl原因 olarak uyuşmazlığın diğer yönünün incelenmesine geçilmiştir. Davacı/borçlu vekili 18.10.2002 tarihli dava dilekçesinde özetle; Müvekkili aleyhine Akşehir 1. İcra Müdürlüğünün 2002/1283 sayılı dosyası ile icra takibine girilip icra emri çıkarıldığını, ancak takibin nafaka alacağına ilişkin olduğunu, borçlu vekili olarak (Tebligatın) tarafına çıkarılması gerektiğini, vekil ile takip edilen davalarda icra takibine geçilmesi halinde icra emri tebliğinin vekile yapılmasının zorunlu olduğunu, ancak icra dosyasında borçlu anılırken takip talebinde ve icra emrinde borçlu vekilinin ismi geçmeyip, tebligatın borçlu asile yapıldığını, bu nedenle takibin iptalini istemiştir. Davalı/alacaklı asil usulüne uygun tebliğe karşın duruşmaya gelmemiş, delil de bildirmemiştir. Tetkik Mercii; *"icra dosyasının tetkikinde Faruk (davacı) vekili olarak Av. N'nin vekaletnamesinin bulunmadığı görülmüştür. Vekaletname olmadan (borçlu) davacı Faruk vekili olduğunun icra müdürlüğünce bilinmesi mümkün değildir. Bu nedenle davacı(borçlu) talebinin reddine, takibin kaldığı yerden devamına karar vermek gerekmiştir."* Gereğesiyle davacı (borçlu) tarafın icra takibinin iptali yolundaki talebinin reddine , icra takibinin kaldığı yerden devamına karar vermiştir. Hüküm Özel Dairece başlıkta açıklanan nedenle bozulmuş, Tetkik Mercii'nin önceki kararda direnmeye ilişkin kararı davacı vekilince temyize getirilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık ; İlamda vekil olduğu belli olan ancak ilama dayalı takipte icra dosyasında ayrıca vekaletnamesi bulunmayan borçlu vekili yerine borçlu asile icra emri tebliğinin usulüne uygun olup olmadığı noktasındadır. İlkın ,konuyla ilgili yasal düzenlemelerin irdelenmesinde yarar vardır.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 171. maddesinde *"Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümleri ve yazılı sözleşme şartlarına göre sonuna kadar takip eder."* Hükümü yer almaktadır. Nitekim takip dayanağı Akşehir Asliye Hukuk Mahkemesinin 11.06.2002 gün ve 2002/10-496 sayılı boşan-

ma ve nafaka konulu ilamda da davacı/borçlunun kendisini vekille temsil ettirdiği görülmektedir. Diğer taraftan, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 62. maddesi; "*Kanunen salahiyeti mahsusa itasına mütevakkıf hususlar müstesna olmak üzere vekalet, hüküm katiiyet kesbedinciye kadar davanın takibi için icap eden bilûmum muameleleri ifaya ve hükmün icrasına ve masarifi muhakemenin tahsiliyle bundan dolayı makbuz itasına ve kendisi aleyhinde de işbu muamelatin kaffesinin ifa edilebilmesine mezuniyeti mutazammındır. ...İşbu mezuniyeti takyit edecek bütün kayıtlar diğer taraf indinde gayri muteber addolunur.*" Hükümünü amir olup, aynı Kanunun 68. maddesinde ise; "*Müvekkili namına muamele yapmış olan vekil nefsinin azlettiğini veya müvekkili tarafından azlolunduğunu dava zaptına kayıt veya tebliğ ettirilmek suretiyle diğer tarafa bildirmedikçe, istifa ve azlin o taraf hakkında hükmü yoktur.*" denilmektedir.

Konuyla ilgili 7201 sayılı Tebligat Kanununun 11. maddesinde ise; "*vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır.*" Hükümü bulunmakta, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 41. maddesinde de "*Avukatın vekaleten çekilmesi*" başlığı altında açıkça "*Belli bir işi takipten veya savunmadan isteği ile çekilen avukatın o işe ait vekalet görevi, durumu müvekkiline tebliğinden itibaren onbeş gün süre ile devam eder...Şu kadar ki, adli müzaharet bürosu yahut baro başkanı tarafından tayin edilen avukat, kaçınılmaz bir sebep veya haklı bir özürü olmadıkça, görevi yerine getirmekten çekinemez. Kaçınılmaz sebebin veya haklı özürün takdiri avukatı tayin eden makama aittir.*" ifadesine yer verilmektedir. Somut olaya gelince; nafaka alacağına ilişkin ilama dayalı takipte icra emri borçlunun kendisini vekille temsil ettirdiği ilam kapsamından açıkça belli olmasına karşın vekil yerine asile gönderilmiştir. Yukarıda açıklanan tüm yasa hükümleri karşısında icra emrinin "*vekile*" çıkarılması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. Bu açık yasal düzenlemeler varken takip dayanağı ilam kapsamında davacı/borçlunun kendisini vekille temsil ettirdiği belirginken, vekil yerine asile yapılan tebligat usulsüzdür. İcra dosyasında borçlu vekilinin vekaletnamesinin bulunup bulunmaması da sonuca etkili görülmemiştir. Bunun yanında, vekile çıkarılmış ve usule aykırı bir tebligat ta bulunmadığına, eş söyleyişle vekile hiç tebligat yapılmadığına göre "*usulsüz tebliğ*" ile ilgili 7201 sayılı Tebligat Yasasının 32. maddesinin de somut olayda uygulama yeri yoktur.

Şu durumda, sonuç olarak İcra müdürünün icra emrinin asile çıkarılması suretiyle, anılan yasa hükümlerine aykırı işleminin varlığı açık ve vekil yerine asile yapılan bu tebligat da usulsüzdür. Mercice ; Hukuk Genel Kurulunca da usul ve yasaya uygun bulunan bozmaya uyularak usulsüz yapılan icra emrinin tebliğ işleminin iptaline karar vermek gerekirken aksi düşüncelerle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Davacı/borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire kararında açıklanan gerektirici nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 02.07.2003 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E. 2004/19-99 K. 2004/87 T. 18.2.2004

ÜCRET UNSURU • EDA DAVASI - TESPİT DAVASI AYRIMI • ALACAK MİKTARININ TESPİTİ • KİRA SÖZLEŞMESİNE DAYANAN TESPİT • YENİ DÖNEM KİRA PARASININ TESPİTİ

(İİK m. 67; HUMK m. 8/II)

ÖZET: Yanlar arasındaki kira sözleşmesinin yeni dönem kira parasının belirlenmesine ilişkin hükmünün tarafları bağlayacağı gözetilip; Sözleşmede belirlenen İstanbul Ticaret Odası Başkanlığından endeks itibariyle yeni dönemdeki toptan eşya fiyat endeksindeki artış oranı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Eda davasında zorunlu olan "**alacak miktarının tespiti**" ile HUMK'un 8/II. maddesinde belirtilen "**kira sözleşmesine dayanan tespit** **"yahut"** **yeni dönem kira parasının tespiti**" davası birbirinden tamamen ayrı iki hukuki müessesesidir.

DAVA: Taraflar arasındaki "*itirazın iptali, kira alacağının tahsili*" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul Asliye 4. Ticaret Mahkemesince davanın reddine dair verilen 08.12.1999 gün ve 1999/643 E-1178 K.sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 06.10.2000 gün ve 2000/3707-6468 sayılı ilamı ile; (...*Taraflar arasındaki kira sözleşmesinin yeni dönem kira parasının belirlenmesine ilişkin hükmünün tarafları bağlayacağı gözetilip; İstanbul Ticaret Odası Başkanlığından endeks itibariyle yeni dönemdeki toptan eşya fiyat endeksindeki artış oranı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru değildir...*) 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, kira alacağına ilişkin takibe itirazın iptali (İİK.md.67) isteğine yöneliktir.

Davacı Şirket vekili, 20.05.1999 tarihli dava dilekçesiyle, müvekkiline ait Edirnekapı., Fevzipaşa Caddesindeki taşınmazların 01.08.1997 tarihli kira kontratı ile işyeri olarak davalı şirketlere 9 ay süre ile kiralandığını, davalıların kirayı ödemediklerini, çektikleri ihtarname üzerine 10.03.1998 tarihli 675.000.000, 600.000.000 TL. ve 1.043.750.000 TL. olmak üzere toplam 2.318.750.000 TL. ödemede bulunduklarını; O tarihten sonra bu güne kadar ödeme yapmadıklarını; Yeni kira döneminin başlangıcı olan 01.05.1998 tarihinden sonra dava tarihine kadar olan kirayı, kira sözleşmesinin 5.maddesine göre tüketici fiyat endeksini esas alarak hesapladıklarını, ödenmeyen kira bedelinin tahsili amacıyla yaptıkları icra takibi üzerine davalının itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptali ile ödenmemiş kira bedelinin, Merkez Bankası'nın Reeskont faizi uygulanması suretiyle, %40'dan az olmamak üzere icra inkar tazminatıyla birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili cevap dilekçesiyle, davacı tarafın takibine konu ettiği alacak miktarına, yenilenen kira sözleşmesindeki artış oranına göre hesaplanacak bedelin dahil edilemeyeceğini, kira sözleşmesinde yer alan ibarenin tarafların tespit edilecek zam miktarlarının hangi ölçüye göre yapılacağı konusunda yol gösterici bir unsur olduğunu, sözleşmede ikinci dönem için belirlenen artış oranını kabul etmediklerini, uyuşmazlık konusu olmayan ilk kira dönemi için kararlaştırılan kira alacağına itirazları olmadığını, ikinci dönem için de bu miktar üzerinden ödeme yaptıklarını ileri sürerek davanın reddini savunmuş, davacı tarafın icra inkar tazminatına mahkum edilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, sözleşmede ilk dönem için belirlenen kira bedeli üzerinden ödenmesi gereken kira bedelinin ödendiği; eksik kalan meblağın da davalılar tarafından icra dosyasına yatırıldığı, artış koşuluna göre belirlenebilecek kira parasının tespitinin ise mahkemenin görevinde olmadığı nedenlerinden söz edilerek davanın reddine karar verilmiş; hüküm Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur.

İtirazın iptali davası genel hükümlere göre bakılan bir alacak (eda) davasıdır. Eda davası (hükümü), eda emrinden başka, zorunlu olarak dava konusu hakkın veya hukuk ilişkinin tespitini de kapsar. Buna göre hakim "dava edilebilir bir alacak hakkı"nın varlığını tespit eder. Başka bir anlatım ile muaccel alacak hakkının miktarını saptar ve eda emrini içeren hükmünü verir. Hakimin somut olayda taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan kira parası ile birlikte artış koşulunu da gözeterek, ye-

ni kira döneminde kiracının ödeme yükümlülüğündeki kira miktarını, bu kira borcunun muaccel hale gelip gelmediğini belirlemesi zorunludur.

HUMK'nun 8/II.maddesinde belirtilen ve Sulh Mahkemesinin görevine giren "kira sözleşmesine dayanan tespit davası ise, esas itibarıyla 6570 sayılı Yasaya tabi ve 18.11.1964 gün ve 2/4 sayılı YİBK'da ilke ve esasları belirlenen yeni dönemin kira parasının tespiti davasıdır.

Anılan davanın hukuksal niteliği, 18.11.1964 gün ve 2/4; 21.11.1966 gün ve 19/10; 12.11.1979 gün ve 1/3, 24.11.1994 gün ve 2/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararlarında belirlenmiştir. Bu belirlemeye göre 6570 sayılı Yasanın kira paralarını sınırlayana 2. ve 3. maddelerinin Anayasa Mahkemesince iptali üzerine, kira parasının ne suretle belirleneceği yönünde yasal boşluk doğmuş, dolayısıyla yeni dönemde, kira sözleşmesinin kira parasına ilişkin hükmü yenilenmeyerek kirası belli olmayan bir sözleşme ortaya çıkmıştır.

HUMK'un 8/II. maddesinde yer alan ve yukarıda sıralanan İçtihadı Birleştirme kararlarında esasları belirlenen kira parasının tespiti davası ile bir hukuki ilişki tespit edilmemekte kira sözleşmesinin yeni dönemde belirli olmayan "ücret unsuru" belirli hale getirilmektedir.

Kira parasının tespiti davasında hukuksal sonuç hakimın kararı ile doğmakta ise de yeni dönemde kira parasının belirlenmesi için mutlaka bir mahkeme kararı şart değildir.

Taraflar yenilenen dönemde kira parasının ne surette artırılacağını kararlaştırabilirler. Bu şarta dayanılarak kira parası "alacak davası" ile de istenebilir. Zira tarafların anlaşması ile mahkeme kararına gerek olmaksızın hukuksal sonuç doğabilmektedir.

Kira tespiti davasında ise hukuksal sonuç, ancak hakimın kararı ile doğar ve alacak davasından farklı olarak, henüz muaccel hale gelmemiş kira parasına ilişkin olarak tespit davası açılabilir. 12.11.1979 gün ve 1/3 sayılı YİBK'da ifade edildiği üzere kira tespit davası sonucunda verilen karar, eda davasından tamamen ayrı ve eda davaları sonunda verilen eda kararlarına değil, inşai davalar sonunda verilen kararlara yakın bir nitelik göstermektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere; eda davasında zorunlu olan "alacak miktarının tespiti" ile HUMK'nun 8/II. maddesinde belirtilen "kira sözleşmesine dayanan tespit "yahut" yeni dönem kira parasının tespiti" davası birbirinden tamamen ayrı iki hukuki müessesesidir.

Gerek bozma kararında gerekse yukarıda açıklanan nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 18.02.2004 gününde, oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2004/3-718 K: 2004/644 T: 31.03.2004****SÖZLEŞMEDEKİ ARTIŞ KOŞULU • SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK
• KİRANIN SAPTANMASI • İHTAR ZORUNLULUĞU**

Özet: Birden çok yılı kapsayan kira sözleşmelerinde her bir yılın kira bedeli açıkça gösterilmiş ya da miktarının açıkça belirlenmesini sağlayacak artış kuralı konulmuş ise bu artış kuralına tarafların, sözleşmeye bağlılık ilkesi gereği uymaları zorunludur.

Sözleşmede artış koşulunun varlığı halinde kiralayan, ihtar çekmeye gerek kalmaksızın o kira dönemi içinde kira parasının saptanması istemiyle mahkemeye dava açma hakkına sahiptir. Kiralayanın bu döneme ilişkin kira paralarını kiracıdan ihtirazi kayıt ileri sürmeden almış olması da dava açma hakkının yitirilmesine neden olmaz.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kira tespiti istemine ilişkindir.

A. Davacı İsteminin Özeti: Davacı kiralayan/malik Limitet Şirket vekili 27.10.2003 tarihli dava dilekçesinde: davalının, taraflar arasında akdedilen ve 03.07.2000 tarihinde başlayıp kendiliğinden yenilenmek suretiyle devam eden kira sözleşmesi nedeniyle müvekkili şirkete ait dükkanda kiracı olduğunu, mecurun 01.01.2002- 31.12.2002 döneminde geçerli aylık kira parasının dava konusu edilmeksizin davalı/kiracı tarafından 330.400.000 TL olarak ödendiğini, 01.01.2003 - 31.12.2003 dönemine ait geçerli aylık kira parasının ise endeks uygulanması suretiyle en az % 45.9 oranında bir artışla 482.053.600 TL olması gerekirken, davalı/kiracının bu artırımlı yapmayarak aylık kira parasını 396.480.000 TL olarak ödediğini, akdın özel maddelerinde yer alan kira parasının artırımına ilişkin şart gereği mecurun 01.01.2003 tarihinden geçerli aylık kira parasının 01.01.2003 - 31.12.2003 dönemine münhasır olmak üzere 482.053.600 TL olması gerektiğini, ifadeyle, kira bedelinin bu miktar üzerinden tespitini istemiştir.

B. Davalı Cevabının Özeti: Davalı kiracı vekili cevap dilekçesinde; kira tespit davasının kira döneminin başlamasından 15 gün önce açılması gerektiğini, buna göre 01.01.2003 tarihinde başlayan, kira dönemine iliş-

kin kira tespit davasının ise 27.10.2003 tarihinde açıldığını, süresinde açılmayan davanın reddini; 01.01.2003 tarihinde başlayan yeni kira döneminde taraflarca kararlaştırılan kira bedellerinin müvekkillince davacı tarafa düzenli olarak ödenip ve ödenen kira bedelleri ile ilgili olarak davacı yanın herhangi bir ihtirazı kayıt ileri sürmediğini, bunun ödenen aylık kira bedellerini kabul anlamına geldiğini, davacının önce kira bedellerini kabul edip, ardından dava açmasının hakkın kötüye kullanılması olduğunu, rayiç kira bedeli üzerinden ödeme yapıldığını, davanın reddini savunmuştur.

Davalı vekili ilk celse: "Davacı vekili 10 aylık kira ücretini benimsemiş ve ödemelerimizi kabul etmiştir, bu nedenle 10 ay sonra dava açılması hakkın kötüye kullanılmasıdır, kabul etmiyoruz" şeklinde beyanda bulunmuştur.

C. Yerel Mahkeme Kararı: Yerel Mahkeme: "... Davalı 1.1.2003 tarihinden itibaren dava açıldığı tarihe kadar kira ücretini makbuz karşılığında davacı tarafa ödediğini ve bu yönde kendilerine herhangi bir uyarıda bulunulmadığını, makbuzlara da kira ücretinin sözleşmeye uygun olarak ödenmediği konusunda bir itiraz yazılmadığını ileri sürmüştür. Nitekim davacı taraf da dava tarihine kadar kira ücretlerini davalının ödediğini kabul ettiklerini ve kendilerine makbuz karşılığı ödenen bu kira ücretlerinin sözleşme koşullarına uygun olarak ödenmediği konusunda itiraz yapılmadığını kabul etmiştir. Bunun anlamı şudur; davacı taraf yeni dönem başlangıcından itibaren dava tarihine kadar davalının ödediği kira miktarını alırken herhangi bir itirazda bulunmayarak kabul ettiğine göre kira miktarı ile ilgili davalı ile zımni olarak anlaşmış olmaktadır. Yani yeni dönemin kira ücreti uzun süre ödeme uygulamasına ve zımni olarak belirlenen ve itiraz edilmeyen miktara göre yeni dönemde belirlenmiş olmaktadır. Bu durumda benimsenen ve kabul edilen davalı tarafın ödediği kira ücretinin yeniden aradan uzun bir süre geçtikten sonra artırılmasını istemek hakkın kötüye kullanılmasıdır. Davacı, kira sözleşmesi koşullarına uygun olarak davalının kira ücretini artırımlı bir şekilde ödenmediğini gördüğünde bunu kira ücretini alırken makbuz üzerine yazarak itirazını belirtmeli ve noksan kira ücretini bu koşulla kabul ettiğini açıklamalı idi. Davacı bu yönde bir davranış göstermediğine göre, dava konusu yerin 01.01.2003 tarihinden itibaren aylık kira ücretinin davalının ödediği tutar üzerinden benimsediğini kabul etmek gerekir. Dolayısıyla dava tarihine kadar ses çıkarmayan davacının geçmişe de yürürlü olacak şekilde yeniden kira ücretini belirleme isteği iyi niyet kuralları ile de bağdaşmaz. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması hukukça da korunamayacağından açılan dava yersizdir..." Gerekeşiyle isteğin reddine karar vermiştir.

D. Temyiz Evresi, Bozma ve Direnme Kararlarının Özeti: Davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire; yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçeyle hükmün bozulmasına karar vermiş; bozma ilamı ve duruşma

günü taraflara tebliğ edilmiş; davacı vekili bozmaya uyulmasını, davalı vekili önceki kararda ısrar edilmesini istemiştir.

Mahkeme yukarıda açıklanan gerekçelere ek olarak "Yine Yüksek Yargıtay'ın çeşitli kararlarında da vurguladığı gibi kiralayanın kiracının davranışlarına ve isteklerine uzun süre ses çıkarmaması onun isteklerini ve davranışlarını benimsediği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu davada da davacının taraflar arasındaki sözleşmenin kira ücreti ile ilgili özel maddesini yeni dönemde uygulamak istemedikleri ve bu düzenlemenin aksine aralarında oturup konuşarak yeni dönemin kira ücretini belirledikleri ortadadır. Bu yüzden 1.1.2003'den itibaren dava konusu yerin aylık kira ücretinin 396.480.000 TL olarak ödenmesi davacı tarafın kabulü ile kesinlik kazandığından ve davalı da davacının kabul ettiği bu parayı dava tarihine kadar ödediğinden artık bu durumda davacının yeniden 1.1.2003'den geçerli olmak üzere aylık kira ücretinin değiştirildiği apaçık olan sözleşme hükümlerine göre belirlenmesini isteme hakkı yoktur. Bu yüzden açılan dava yersizdir. Dava hakkı olmayan davacının davasının reddi uygun görülmüştür ve bu görüşte de mahkememiz ısrar etmeyi yine uygun bulmuştur." ifadelerine de yer vererek önceki kararında direnmiştir.

Direnme hükmünü davacı/kiralayan vekili temyize getirmektedir.

E. Maddi Olay: Taraflar arasındaki 3.7.2000 başlangıç 31.12.2001 bitiş tarihli kira sözleşmesinde yıllık kira bedeli 2.400.000.000 TL aylık kira bedeli 200.000.000 TL olarak belirlenmiş olup; arkasında matbu olarak 11 madde sıralanmış; hususi şartlar başlığı altında ise; "ilişikte ekli G. San. ve Tic. Ltd. Şti'nin özel mukavele hükümleri geçerli olmak kaydıyla" ifadelerine yer verilmiştir. Bu sözleşmeye ekli 5 sayfeden ibaret kira anlaşması başlıklı sözleşme aynı dönem için yapılmıştır. Umumi şartlar 4 madde halinde gösterildikten sonra Özel şartlar 37 madde halinde sıralanmıştır.

Özel Şartlar 1. maddede aynen; "1. Kira bedeli kontratoda belirtildiği rakamda ve belirtilen süre için geçerlidir.

1a. maddesi: süre sonunda M. S. mecuru tekrar kiraya verip vermekte serbesttir. 1b. maddesi: Kira süresi 03.07.2000- 31.12.2001 tarihlerine münhasır 18 aydır. İş bu 18 aylık kira süresi geçerli olacak kira parası açısından 03.07.2000 - 31.12.2000 ile 01.01.2001 - 31.12.2001 tarihlerine münhasır iki ayrı döneme ayrılmış olup; 03.07.2000 - 31.12.2000 döneminin geçerli aylık kira parası 200.000.000 TL'dir (KDV hariç) 01.01.2001 - 31.12.2001 döneminde geçerli aylık kira parası ise 250.000.000 TL'dir (KDV hariç) olacaktır. Kira akdi kira süresi sonrasında 6570 sayılı Yasa'nın 11. maddesi hükmü gereği kendiliğinden yenilendiği takdirde kira parasında her yıl 'herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın' artırım yapılacaktır.

Bu artırım miktarı İTO'nun belirlediği yıllık toptan eşya fiyat genel endeksindeki artış oranından az olamaz.

1c. maddesi: kiracı bu şekilde bulunacak rakamla kiraya devam edip etmemekte karar verecek ve yazı ile bildirecektir, (1.a m.)

1d. maddesi: anlaşma olmaması halinde kiracı en geç mukavele hitamında mecuru tahliye edeceğini şimdiden taahhüt eder.

1e. maddesi: tahliye etmemesi halinde her geçen ay için o günkü kiranın 10 mislini aylık olarak ödemek zorundadır.

1f. maddesi: her mukavele hitamında bu fiyat tespiti usulünün uygulanacağını kiracı şimdiden itirazsız kabul eder. M. S. bu uygulamaları yapıp yapmamakta veya arzu ettiği dönemde talep edip uygulamakta serbesttir.

1g. maddesi: Kiracı 20 aylık kira süresi için geçerli olarak belirlenen ve ödemeyi kabul ettiği kira parasına her ne sebeple olursa olsun itiraz etmeyeceğini, belirlenen iş bu aylık kira paralarını kendi serbest iradesiyle ve hiçbir maddi manevi taziyik altında kalmaksızın kabul ederek ödemeyi taahhüt ettiğini, bu nedenle kira parasının miktarı ile herhangi bir dava açmayacağını, bu husustaki dava haklarından şimdiden feragat ettiğini kabul ve taahhüt eder." hükümlerine yer verilmiştir.

Davalı kiracı 01.01.2003 tarihinde başlayan kira döneminde aylık kira parasını kiralayana 396.480.000 TL olarak ödemiş; kiralayan tarafından kira tespiti istemli eldeki dava 27.10.2003 tarihinde açılmıştır.

F. Gerekçe: Davacı kiralayan limitet şirket tarafından, aynı zamanda maliki de olduğu dükkan davalı tarafa işyeri olarak kullanılmak üzere 03.07.2000 tarihinde 18 ay süreyle kiralanmış; sözleşme takip eden 01.01.2002 - 31.12.2002 döneminde yenilenerek sürdürülmüş; eldeki dava ise 01.01.2003 - 31.12.2003 kira dönemine ait kira bedelinin tespitine yönelik olarak 27.10.2003 tarihinde açılmıştır.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; taraflar arasında 03.07.2000 tarihinde başlayarak devam eden kira sözleşmesinin özel şartlar bölümünde yer alan artış koşulunun 01.01.2003 tarihinde başlayan yeni dönemde de ihtara gerek kalmaksızın uygulanmasının gerekip gerekmediği; kiralayan/davacı limitet şirketin 01.01.2003 tarihinden itibaren 10 ay boyunca davalının yatırdığı kira bedelini hiçbir ihtirazı kayıt koymadan makbuz karşılığı almasının, taraflar arasında zımnen sözlü yeni bir sözleşmenin akdedildiği ve kira bedelinin bu rakam üzerinden kabul edildiği anlamına gelip gelmeyeceği, noktalarında toplanmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, birden çok yılı kapsayan kira sözleşmelerinde her bir yılın kira bedeli açıkça gösterilmiş veya miktarının açıkça belirlenmesini sağlayacak artış kuralı getirilmiş ise, getirilen bu artış kuralına tarafların, "sözleşmeye bağlılık" kuralı gereği uymaları zorunludur.

Zira, artış kuralı konulmakla her kira dönemi için kiracının ödeyeceği kira bedelinin taraflarca kolaylıkla belirlenmesi olanaklı hale getirilmiştir.

Sözleşmede artış kuralının varlığı halinde kiralayan, ihtar çekmeye gerek kalmaksızın o kira dönemi içinde kira parasının tespiti istemiyle mahkemeye dava açmak hakkına sahiptir ve kiralayanın bu döneme ilişkin kira paralarını kiracıdan ihtirazi kayıtsız almış olması da doğmuş ve varlığını sürdüren bu dava açma hakkının yitirilmesine neden olmaz.

Somut olayda, maddi olaya ilişkin açıklamalarda aynen yer verildiği üzere kira sözleşmesinde ilk kira dönemine ait kira bedeli ayrıntısıyla gösterilmiş; sonraki yıllarda bu miktara hangi oranın uygulanacağı ise yine sözleşmenin özel şartlarında açıkça; "Kira akdi kira süresi sonrasında 6570 sayılı Yasa'nın 11. maddesi hükmü gereği kendiliğinden yenilendiği takdirde kira parasında her yıl -herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın- artırım yapılacağı, bu artırım miktarının İTO'nun belirlediği yıllık toptan eşya fiyat genel endeksindeki artış oranından az olamayacağı" şeklinde kararlaştırılmıştır.

Davacı/kiralayan tarafından, kira parasının artırımına ilişkin iş bu şarta dayanılarak kiralananın 01.01.2003 tarihinden geçerli aylık kira parasının 01.01.2003 - 31.12.2003 dönemine özgü olmak üzere 482.053.600 TL olduğunun tespiti istenilmektedir.

Yukarıda açıklanan ilkeler karşısında kiralayanın, ihtar çekmesine gerek kalmaksızın kira dönemi içinde 01.01.2004 tarihine kadar dava açarak kiranın hükmen saptanmasını isteme hakkı bulunmasına göre, 27.10.2003 tarihinde açılan eldeki davanın dönem içinde açıldığının kabulü gerekir.

Kiracının kirayı artırarak ödemede bulunması ve kiralayanın da bunu hiçbir kayıt ve koşul ileri sürmeden kabul etmiş olması, doğmuş ve varlığını sürdüren bu dava açma hakkının yitirilmesine neden olmayacağı gibi taraflar arasında yeni şartlarla akdedilmiş bir kira sözleşmesinin varlığını kabule de yeterli değildir.

Mahkemece bu yönler göz ardı edilerek, kiranın hükmen saptanması isteğinin kabulü yerine, yasal olmayan gerekçelerle davanın reddine karar verilmiş olması usule ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2004/21-451 K: 2004/416 T: 22.9.2004****YARGITAY BOZMASI • DİRENME KARARI**

Özet: Mahkemece, direnme kararı verilmişse, bu karar ilk hükmün aynen kurulduğu anlamındadır. Aksinin kabulü "usulü kazanılmış hak" kavramına aykırıdır.^(*)

Taraflar arasındaki "**Tespit**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 6. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 05.11.2003 gün ve 2002/632 E-2003/1075 K. Sayılı kararın incelenmesi davalılar verilerli tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 05.04.2004 gün ve 2003/11730-2004/3258 sayılı ilamıyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kantlar okunduktan gereği görüldü:

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi hükmüne göre: Yargıtay'ın bozma kararına üzerine hakim, tarafları duruşmaya davet edip dinledikten sonra bozma ilamına uyulup uyulmayacağına karar verir. İş bu karar taraflar yönünden usulü kazanılmış hakların doğumunu sağlayacak nitelikte olup, tarafları ve mahkemeyi bağlar. Verilen karar doğrultusunda işlem yapmak gerekir.

Mahkemece, direnme kararı verilmişse, bu karar ilk hükmün aynen kurulduğu anlamındadır. Her ne nedenle olursa olsun direnilen hüküm fıkрасından farklı hüküm oluşturulması usulen olanaklı değildir. Zira, direnme kararı verilmekle taraflardan birisi lehine usulü kazanılmış hakkın doğumu söz konusu olup, hüküm fıkрасında yapılacak değişiklik bu hakkın ihlali anlamındadır.

Somut olayda da, Mahkemece, 26.05.2004 günlü celsede direnme kararı verildiği halde. oluşturulan hüküm fıkрасında ilk kararda bulunan "*Davacının 01.09.2000 tarihinden itibaren SSK'ya bildirilmiş olan hizmet-*

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

leri itibariyle SSK.sigortalısı sayılması gerektiğinin tespitine" ifadelerini kapsayan 2. bende yer verilmemiştir.

Şu durumda, ilk hükümden farklı ve HUMK'un 388. maddesinin açık hükmüne aykırı biçimde oluşturulan direnme kararının bozulması gerekir.

SONUÇ: Davalılar vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, 22.09.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2004/6-509 K: 2004/568 T: 3.11.2004

PAYLAŞMA İSTEME YETKİSİ • PAYDAŞTAN ALACAĞI BULUNAN KİŞİYE TANINAN PAYLAŞTIRMA YETKİSİ

(İİK. m. 121; TMK. m. 648; MK. m. 698)

Özet: Paylaşma isteme hakkı, kural olarak paylı mülkiyette paydaşa, elbirliği mülkiyetinde ise mirasçıya tanınmıştır.

Öte yandan, elbirliği mülkiyetinde payı bulunan borçludan alacaklı olan kişi, İcra Mahkemesinden alacağı yetkiye dayanarak borçlunun da içinde bulunacağı tüm elbirliği ortaklarına karşı paylaşma davası açmaya yetkilidir.

Taraflar arasındaki "**Ortaklığın Giderilmesi**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 23.9.2003 gün ve 2002/1165 E. 2003/934 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 6.Hukuk Dairesi'nin 19.1.2004 gün ve 9509-105 sayılı ilamiyle; (...Dava iki adet taşınmazın paydaşlığının giderilmesine ilişkindir. Mahkemece 148 No'lu parsel hakkındaki dava atıye bırakıldığından bu parsel hakkındaki davanın reddine, 248 Nolu parselin satışı suretiyle paydaşlığın giderilmesine karar verilmiş, hüküm davalı S vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Türk Medeni Kanununun paylı mülkiyetin sona ermesini düzenleyen ve "paylaşma istemi" başlığını ihtiva eden 698. maddesi hukuki bir işlem

gereğince veya paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması sebebiyle paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğü bulunmadıkça paydaşların her birinin malın paylaşılmasını isteyebileceği hükmüne yer vermiştir. 699. madde paylaşma biçimi hakkındaki kuralı koymuştur. Buna göre aynen bölünerek paylaşırma mümkün ise hakim o şekilde değilse açık artırma ile satış kararı verecektir. Kanunun bu maddesi amir bir nitelik taşır. Aynı kanunun 703/son maddesi de elbirliği mülkiyetinde paylaşma, aksine hüküm bulunmadıkça paylı mülkiyet hükümlerine göre yapılır kuralını öngörür, Kanunu Medeninin 627. maddesi "Taksim" davasından söz ederken Medeni Kanunun 698. maddesi başlığı ise "paylaşma istemi" şeklinde kalemeye alınmıştır. Maddede "dava" sözcüğü yerine davayı da içine alan daha kapsamlı "istem" sözcüğüne yer verilmiştir.

Bu kanuni düzenlemeden anlaşılacağı üzere paylaşma isteme (taksim davası açma) hakkı kural olarak paylı mülkiyette paydaşa, elbirliği mülkiyetinde ise mirasçıya tanınmıştır. Malik olmayan kimseye paylaşma isteme ve paylaşmaya katılma hakkı tanınmamıştır. Örneğin Kanuni Medeninin 612, Medeni Kanunun 677. maddeleri miras payının temlik konusunda Üçüncü kişi ile sözleşme yapma imkanı vermesine karşın, bu kimseye paylaşmaya katılma yetkisi vermemektedir. O halde paydaş olmayan kimse nin paylaşma (taksim) davası açması mümkün değildir.

Kanunu Medeninin 588. maddesine göre bir mirasçıya düşen hisseyi temellük eden veya haczededen yahut o mirasçı aleyhine borcunu ödemekten acze dair icra vesikası olan alacaklı hakimın mirasçı yerine kaim olmak üzere taksime iştirakini isteyebilecektir. Taksime iştirak paylaşma (davayı) isteme hakkını da kapsar. Paylaşma davası açma hakkı paydaş ya da mirasçıya ait olduğundan ve borcunu ödemeyen mirasçıdan alacağın tahsili sonucunu doğuran bir davayı açması da beklenemeyeceğinden kanunun sözü edilen maddesi ile bu hak hakime tanınmış, hakim borçlu mirasçı yerine dava açması konusunda alacaklıya yetki vermekte, alacaklı da hakimden aldığı bu yetkiye dayanarak taksim davası açmakta idi.

Kanun koyucu böyle bir durumu uygun görmediğinden Türk Medeni Kanunun 648. maddesiyle yeni bir hüküm getirmiş, alacaklıya sulh hâkiminden paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir tarzında bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre alacaklı sulh hâkiminden paylaşmaya katılmak üzere kayyım atanmasını isteyecek, kayyım atandığında kayyım paydaşlığın giderilmesi (taksim) davası açacak, davaya kayyım huzuru ile devam edilip sonuçlandırılacaktır. Önceki uygulamaya uygun biçimde açılan davanın, reddi yoluna gidilmeden kayyım konusunda ki eksikliğin giderilmesi, ondan sonra bir karar verilmesi gerekir.

Mahkemece, borçlu mirasçının alacaklısı tarafından açılan davada verilen hüküm, dairemizin 07.11.2002 gün ve 6536-6974 sayılı kararıyla yukarıda açıklandığı üzere kayyım atanması gerektiğinden bahisle bozulmuş, 4.3.2003 tarihli oturumda bozma ilamına uyulmasına karar verilmiş-

tir. Bununla birlikte bozma gereği yerine getirilmeden yargılamaya devam olunarak yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı görüldüğünden hükmün bozulması gerekmektedir ...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle elbirliği mülkiyetine tabi bir malda payı bulunan borçludan alacaklı olan kişi, İcra Mahkemesinden alacağı yetkiye dayanarak borçlunun da içinde bulunacağı tüm elbirliği ortaklarına karşı dava açıp bu davayı sonuçlandıracağına; buradaki dava açmak hakkı hakime ya da başka bir kişiye tanınmadığına; yalnızca mirasçıya ya da İcra Mahkemesinden İİK'nın 121. maddesi hükmü uyarınca ortaklığın giderilmesi davasını açma yetkisini alan alacaklıya tanındığına göre; yasa koyucunun bu davayı sadece atanan kayyımın açacağını kabul ettiğini ileri sürmenin mevcut yasal düzenleme karşısında mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu nedenle usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, **direnme kararının** yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA** ve satış bedeli üzerinden % 0.9 harç alınmasına, peşin harcın mahsubuna, 3.11.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2004/10-736 K: 2005/25 T: 2.2.2005****HİZMET SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI • ÜCRET ÖDEME
ZORUNLULUĞUNUN ARANMAMASI • SİGORTALI HİZMETLERİN
SAPTANMASI**

(506 SK. m. 78/2, 2, 6, 9, 79; 147 SK. m. 1; 4857 SK. m. 8)

Özet: Ücret adı altında ödeme yapılması veya ücret alınmaması hizmet akdine bağlı olarak çalışma niteliğini değiştirmez.

Taraflar arasındaki "**Hizmet Tespiti**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 10. İş Mahkemesince davanın reddine dair verilen 22.05.2003 gün ve 2001/807, 2003/695 sayılı kararın incelenmesi davacı ve davalılardan SSK Başkanlığı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 21.10.2003 gün ve 2003/6056-7239 sayılı ilamı ile;

(1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerekçeleri sebeplere göre, davalı Kurumun temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacı vekilinin temyiz istemine gelince;

Davacı E davalı derneğe ait işyerinde 03.06.1996 31.03.1999 devresinde kan alma elamanı olarak çalıştığı sürenin tespitini talep etmiştir.

Toplanan deliller doğrultusunda davacının, davalı dernek yönetiminin faaliyet gösterdiği hastane işyerinde ve dernek yönetiminin buyruğu altında kan alma işini yaptığı bu işi karşılığı kendisine yol ve yemek gideri adı altında ödeme de yapıldığı anlaşılmaktadır.

Ücret adı altında ödeme yapılması veya ücret alınmaması hizmet akdine bağlı olarak çalışma niteliğini değiştirmez. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 78/2.maddesinde "ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden hesaplanır" denilmek sureti ile kendisine parasal ödeme yapılmadan hizmet akdine bağlı olarak çalıştırılanların dahi sigortalı sayılacağına işaret olunmuştur. Açıklanan nedenlerle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı ve davalı SSK Başkanlığı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

1- Davalı SSK vekili her ne kadar temyiz isteminden "*sarfinazar*" etiklerini bildirmiş ise de, vekaletnamesinde bu konuda kendisine tanınmış bir yetki ya da dosyada SSK Başkanlığınca bu yönde verilmiş bir talimatının bulunmadığı, kaldı ki, yerel Mahkemece verilen, "*sübut bulmayan davanın reddine*" ilişkin hüküm davalı SSK Başkanlığı vekili tarafından temyiz edilmiş, ancak davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının Yüksek Özel Dairece reddedilmiş olması nedeniyle, davalının direnme kararını temyize hakkı bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle davalı SSK Başkanlığı vekilinin temyiz istemi reddedilmelidir.

2- Davacı vekilinin temyizine gelince:

A- Davacının isteminin özeti; Davacının, 03.06.1996 tarihinden itibaren asgari ücret karşılığı "*kan alma elemanı*" olarak çalışmaya başlayıp, 31.03.1999 tarihinde işine son verildiği belirtilerek; "*3.6.1996 - 31.3.1999 tarihleri arasında davalı P Araştırma Derneği'nde çalıştığının tespitine*" karar verilmesi istenmektedir.

B- Davalıların cevabının özeti; Davalı dernek vekili, davacının dernekteki çalışmasının bağımlılık niteliğinde olmayıp, gönüllülük esasına dayandığı, bu nedenle kendisine bir ücret ödenmediği, dolayısıyla bir hizmet akdi ilişkisinin varlığının kabul edilemeyeceğini savunmuştur.

Davalı SSK Başkanlığı vekili ise; iş müfettişi raporu ile, davacının 3.6.1996 ila 31.3.1999 devresinde davalı dernekte, 1.4.1999 ila 21.8.2000 devresinde ise F Derneğindeki çalışmalarının, 506 sayılı Kanunun 78/2. maddesi dikkate alındığında sigortalı çalışma olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirlendiği, Kurum tarafından bu çalışmalara ilişkin bildirge ve bordrolarının istenmiş olduğunu belirtmektedir.

C- Yerel Mahkemenin Kararının Özeti; Yerel mahkeme, davacının, davalı Derneğe ait iş yerinde hizmet akdi ilişkisi bulunmaksızın tamamen gönüllülük esasına bağlı kan alma elemanı olarak hizmet verdiği, sadece bu hizmetin karşılığı olarak diğer çalışanlarla birlikte davacıya günlük yol ve yemek ücreti ödendiği, taraflar arasında 1475 sayılı Kanunun 1, 506 sayılı Kanunun 2 , 6, 9 ve 79. maddeleri anlamında işçi-iş veren ilişkisi bulunmadığı, iş akdinin temel unsurlarından olan ücret ve bağımlılık unsurlarının dava konusu olayda söz konusu olmadığı gerekçeleri ile "*sübut bulmayan davanın reddine*" karar vermiştir.

D- Temyiz Evresi ve Direnme; Hüküm, davacı ve davalılardan SSK vekilince temyizi üzerine Özel Dairece yukarıya aynen alınan gerekçeyle bozulmuş, yerel mahkeme bu bozmaya karşı önceki gerekçelerine ek olarak özetle; "*...somut olay ile tamamen hayri ve gönüllülük esasına dayalı yapılan bir çalışmayı, hizmet akdine dayalı, dolayısıyla sigortalı hizmet*

olarak değerlendirmenin hukuk ile toplumsal gerçekleri karşı karşıya getirebileceği./" gerekçesi ile direnme kararı vermiştir. Direnme kararı davacı ve davalılardan SSK Başkanlığı vekiline temyiz edilmektedir.

E- Maddi Olay: Davalı dernek, H Üniversitesi Hastanesinde yeni doğan çocuklardan aldıkları kan örnekleriyle bir takım hastalıkların erken teşhisine katkı sağlamaktadır. Davacı, dernekte bu amaçla kan alma elemanı olarak çalıştığını belirterek, bu sürede sigortalı olması gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir. Davalı dernekte iş müfettişince yapılan inceleme sonucunda, davacının, belirtilen devrede dernekte görevli kan alma elemanı olarak çalıştığını, sadece yol ve yemek ücreti adı altında kendisine ödemedede bulunulduğunu, 506 sayılı Kanunun 78/2. maddesi dikkate alındığında, sigortalı sayılması gerektiği belirtilmiştir. Sonrasında ise yapılan bu tespitin, fiili ya da kaydi tespit sayılamayacağı belirtilerek, davalı dernek hakkında verilen idari para cezalarının, SSK'nın ilgili komisyonunca kaldırılmasına karar verildiği görülmektedir.

F- Gerekçe; Direnme kararını veren yerel mahkeme, taraflar arasında, hizmet akdinin unsurlarından olan bağımlılık ve ücret unsurunun, dolayısıyla sigortalılık ilişkisinin bulunmadığı görüşündedir.

Genel anlamda, hizmet -iş- ilişkisinin dinamik yapısı dikkate alındığında hukuksal dayanaklarının tanımı her zaman kolay olmamaktadır. Ekonomik ve teknolojik alandaki hızlı değişim, iş ve sosyal güvenlik hukukunda da hızlı bir dönüşüme yol açmaktadır.

Davacının, dernek ile bağlantısı ve dernek tarafından hastanede görevlendirildiği hususunda taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Uyumsuzluk, bu görevin sigortalı sayılmayı gerekli kılacak nitelikte mi, yoksa, sosyal yardım amaçlı mı olduğu hususundadır.

Sosyal Sigortalar Kanunu anlamında sigortalı niteliğini kazanmanın koşulları başlıca üç başlık altında toplanmaktadır.

Bunlar: a) Çalışma ilişkisinin kural olarak hizmet akdine dayanması, b) işin işverene ait yerde yapılması, c) çalışanın 506 sayılı Kanunun 3. maddesinde belirtilen istisnalardan olmaması şeklinde sıralanabilir. Sigortalı olabilmek için bu koşulların bir arada bulunması zorunludur.

İşçi ve sigortalı kavramlarının tanımında hizmet sözleşmesinden hareket edilmekteyse de yürürlükten kalkan 1475 sayılı İş Kanunu ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda bu sözleşmenin tanımına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanununun 8. maddesinde, "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir." tanımlanması yapılmıştır. Belirtmek gerekirse, 4857 sayılı İş Kanununda "Hizmet akdi" sözcüğü terkedilmiş, yerine "İş sözleşmesi" ifadesi kullanılmıştır.

Hizmet sözleşmesinin, "Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi da-

hi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder." şeklindeki tanımı Borçlar Kanununun 313/1. maddesinde yapılmıştır. Bu tanımda sadece hizmet ve ücret unsurları belirginken, 4857 sayılı yeni İş Kanununda, daha önce Anayasa Mahkemesi ve öğretinin de kabul ettiği gibi *"bağımlılık"* unsuruna da yer verilmiştir.

Hizmet sözleşmesi her şeyden önce bir iş görme edimini zorunlu kılar. Özünde bir insan emeği sözkonusudur. Bu sözleşmeyle sigortalıya yüklenen borç, işveren yararına bir iş görmek, hizmet sunmaktır.

Ücret, BK m. 313 anlamında hizmet akdini oluşturan unsurlardan-
dır ve bu unsurun yokluğu durumunda çalışma ya vekalet sözleşmesine,
ya da bir sözleşme ilişkisi bulunmaksızın hatır, yardım, dayanışma, ar-
kadaşlık gibi bir nedene dayanmaktadır.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 2. maddesi kural olarak, hizmet sözleşmesine dayanarak bir veya birkaç işveren yanında çalışanları sigortalı saymış ise de, bunun yanında anılan maddede 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkındaki Kanuna göre çalıştırılan koruma bekçileri ve ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular, Geçici m. 80'de güzel sanat kollarında çalışanlar, yazar ve düşünürler, Ek m. 13'de, 1583 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda belirtilen genel kadınlar bu akdi ilişki olmadan, sosyal koruma düşüncesiyle sigortalı olarak Yasa kapsamına alınmıştır.

Maddede hizmet akdinden sözedilmesine karşın, 506 sayılı Kanun, sigortalı niteliği yönünden ücreti öngörmemektedir. Bu husus, anılan Kanunun 3-I-B, 6 ve 78/2. maddeleri hükmünde açıkça görülmektedir.

506 sayılı Kanunun 3-I-B maddesinde *"İşverenin ücretsiz çalışan eşi"* nin sigortalı sayılamayacağı hükme bağlanmıştır. Ücretin, sigortalı sayılmanın vazgeçilmez koşulu olduğunun kabulü durumunda sözü edilen düzenlemeye gerek bulunmayacağı açıktır.

Bilindiği gibi çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla sigortalı olurlar (506 SK. m. 6). Maddenin *"çalıştırılanlar"* sözüne yer verip, aksine, hizmet akdi ile çalıştırılanlar ifadesine yer vermemesi karşısında, zaman ve bağımlılık koşulu gerçekleşmiş ise ücret koşulu gerçekleşme de, kişi, sigortalı sayılmalıdır.

Bir diğer düzenleme olan 506 sayılı Kanunun 78/2. maddesinde günlük kazanç sınırları düzenlenirken *"...ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden... hesaplanır."* hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesinde, maddenin, ücretsiz çalışanların prim kesintilerinin belirlenmesi amacıyla kaleme alınmış olduğu belirtilmektedir.

506 sayılı Kanunda hizmet akdine dayalı çalışmanın ücretsiz de olabileceğinden söz edilmesinin nedenine gelince, 506 sayılı Kanunun sistemiği dikkate alındığında, yasa koyucunun, Sosyal Sigortalar Kanunu bakımından ücreti hizmet akdinin zorunlu bir unsuru olarak öngörmedi-

ği, bu anlamda, 506 sayılı Kanunda anılan hizmet akdinin, Borçlar Kanununda tanımlanan şekliyle hizmet akdine göre özellikler gösteren bir (*hizmet*) sözleşme biçiminde olduğu söylenebilir.

Konu doktrinde de ele alınmış ve ücret almadan yapılan çalışmaların da sigorta kapsamına alınması gerektiği genel olarak kabul görmüştür.

Diğer unsur olan bağımlılık ve bu kapsamda ele alınması gereken zaman unsuru, hizmet akdinin ayırt edici özelliğidir.

Bağımlılık, iş ve sosyal güvenlik hukuku uygulamasında temel bir ilke olup, bu unsur, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapmayı ifade eder. Ne var ki, iş hukukunun dinamik yapısı, ortaya çıkan *atipik* iş ilişkileri, yeni istihdam modelleri, bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bazı durumlarda, taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da, işverenin iş organizasyonu içinde yer alınmaktaysa bu unsurun varlığının kabulü gerekecektir. Önemli yön, işverenin her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklara uyma dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte teknik ve hukuki bir bağımlılığın bulunmasıdır. Genel anlamda bağımlı çalışma, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışmadır.

Somut olayda; davacı, yeni doğan bebeklerden kan örneği alma işini yapmaktadır. İşin tanımlanan niteliği, özel ve belirli bir organizasyon altında, hastane ortamının kendine özgü duyarlılığı içinde hareket etmeyi zorunlu kılmakta olup, çalışmaların hizmet akdinin bir unsuru olan bağımlılık ögesinin dışlanarak yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki, Kimya Meslek Lisesini bitirdikten sonra, uzun yıllar ekonomik kaygı duymaksızın davalı dernekte sadece gönüllülük esasına göre çalışmanın kabulü, hayatın olağan akışına ve sosyo-ekonomik gerçeklere de uymamaktadır.

"*Sigortalı olmak*", kişi bakımından salt bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülüktür ve bu nedenle, kişinin isteğine, ediminin sosyal, toplumsal, etik niteliğine bırakılmamıştır. Bir başka anlatımla, kişi, yasanın sigortalı sayılmak için belirlediği duruma dahil olmakla kendiliğinden sigortalı olacaktır.

Yapılmakta olan işin toplumsal boyutu, sosyal güvenlik ile ulaşılmaya çalışılan evrensel amacın gözardı edilmesine yol açacak gerekçelere dayanak yapılamaz.

SONUÇ: 1- Davalı SSK Başkanlığı vekilinin temyiz isteminin yukarıda açıklanan nedenlerle REDDİNE,

2- Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda açıklanan ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 02.02.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2005/12-77 K: 2005/58 T: 16.2.2005****İCRA BORCUNUN TAKSİTLE ÖDENMESİ****• TAKSİTLİ ÖDEMELERDE TAHSİL HARCININ ALINMA YÖNTEMİ***(İİK. m. 12, 15; Harçlar K. m. 37, 128)*

Özet: Konusu para alacağı olan icra takiplerinde takip konusu alacağın, borçlu tarafından taksitler halinde ödenmesi durumunda alacaklıya her bir ödeme yapılırken icra tahsil harcının alınması gerekir. Başka bir anlatımla harcın tahsili alacağın tamamının ödenmesinden sonraya bırakılamaz.^(*)

"Şikayet" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 1. İcra Mahkemesi'nce şikayetin reddine dair verilen 14.05.2004 gün ve 2004/303 E,- 413 K. sayılı kararın incelenmesi şikayetçi-alacaklı banka vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 06.07.2004 gün ve 2004/13357-17821 sayılı ilamı ile;

(...Medeni Usul Hukukunda olduğu gibi İcra Hukukunda da harç ve giderler sonuçta haksız çıkan tarafa yükletilir. Harç, yapılan bir hizmet karşılığı olarak Devletin aldığı bir paradır. Tahsil harcı da, bu amaca yönelik olup ve alacaklıya tediye sırasında alındığına göre, takip masrafları çıktıktan sonra geri kalan miktar üzerinden hesaplanması gerekir. Çünkü, Alacaklıya yapılan hizmet, kendisine yapılan ödeme kadardır.

Nitekim, 492 Sayılı Harçlar Kanununda tahsil harcının, tahsil olunan paradan alınacağı belirtilmiştir. Bu tahsil olunan para alacaklı tarafından alınan paradır. İİK'nın 15. maddesine göre de, Kanunda hilafı yazılı değilse bütün harç ve masraflar borçluya ait olup, neticede ayrıca hüküm ve takibe hacet kalmaksızın tahsil olunur. Sadece cezaevi harcı 2548 Sayılı Yasanın 1.madde 2. fıkrası gereğince borçluya yükletilemez, bu harcın yükümlüsü alacaklıdır. Ayrıca, İİK'nın 12. maddesine göre icra dosyasına yatan para kadar borçlu borcundan kurtulacağından, bu miktar için takibin devamı mümkün değildir. Borçlunun sorumlu olduğu harcın borçtan kurtulduğu ve alacaklıya ait paradan alınması düşünülemez.

Yukarıdaki ilkeler ve Yasa hükümleri gözönünde bulundurularak icra müdürlüğünce yatırılan para alacaklıya ödenirken bundan tahsil harcı alınmaz. Yatan paranın alacaklıya ödenmesi gerekir. Ancak tahsil harcının

(*) Dergimizin 2004/4. sayısının 1623. sayfasında yayımlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına bakınız.

(**) Gönderen: Av. Talih UYAR

mükellefi borçlu olduğundan İİK'nın 12. ve 15.maddeleri gereğince ayrıca hüküm ve ayrı bir takibe gerek kalmaksızın yapılan takipte tahsil harcı yönünden muhtıra çıkarılmak suretiyle bunun borçludan istenmesi, ödenmediği taktirde Harçlar Kanunu'nun 37. maddesi gereğince harç tahsil müzekkeresi düzenlenip, tahsili için vergi dairesine gönderilmesi gerekli ve yeterlidir. O halde şikayetin kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetsizdir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Şikayetçi-alacaklı banka vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

İstek, icra müdürlüğünün işlemini şikayete ilişkindir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; 492 Sayılı Harçlar Kanununun 28. maddesinin (b) bendinde yer alan İcra Tahsil Harcının Ödeme (tahsil) zamanı ve şekli noktasındadır.

Konuyla ilgili Hukuk Genel Kurulunun 09.06.2004 gün ve 12/336-338 sayılı bu karara karşı karar düzeltme istemi de 22.09.2004 gün ve 12/491-413 sayılı kararla reddedilmiştir. İlamında da açıkça vurgulandığı ve dayanakları ayrıntısıyla gösterildiği üzere;

İcra harcı, devletin icra hukukundaki faaliyetine karşılık aldığı paradır (Prof. Dr. Baki Kuru-İcra ve İflas Hukuku-Üçüncü Baskı-1988-Cilt 1, Sayfa 107-108). İcra ve İflas Harçları, 492 sayılı Harçlar Kanununun birinci kısmında yargı harçları bölümünde, 2-37. maddelerde düzenlenmiştir.

Devletin icra takibi nedeniyle aldığı harçlardan en önemlilerinden birisi de Harçlar Kanununun 28. maddesinin (b) bendinde düzenlenen icra tahsil harcı olup, bu harç anılan yasal düzenleme uyarınca alacağın ödenmesi sırasında tahsil olunur.

Borçlu dilerse icra dairesine başvurarak tüm ferileriyle birlikte harç ve masrafları da kapsayacak biçimde borcunun tamamını hesaplattırıp öder veya borcundan mahsup edilmek üzere kısmi ödemede bulunur. Bu ödemeleri alacaklının arzu ettiği zaman icra dairesinden alma hakkı vardır. Borçlu ister kısmen isterse tamamen ödemede bulunsun, ödediği paralar İcra İflas Kanunu Yönetmeliğinin 57. maddesi uyarınca düzenlenen bir tahsilat makbuzu ile teslim alınarak kasa defterine işlenir. Düzenlenen tahsilat makbuzunun bir nüshası da, ödemede bulunan borçluya verilir. Alacaklının, dosyaya yatırılan paraları almak istemesi halinde yine yönetmeliğin 58. maddesi uyarınca düzenlenecek reddiyat makbuzunda

kesilecek tahsil harç miktarı da gösterilmek suretiyle verilmesi lazım gelen paranın miktarı da ayrıca gösterilir ve düzenlenen makbuz alacaklıya imza karşılığında teslim edilir.

Burada önemle vurgulamak gerekir ki, eğer bir harç alacağı mevcut ise bunun mutlaka her ödeme sırasında tahsil edilmesi gerekmektedir. Zira, devlet tahsil harcını takibe konu asıl alacak üzerinden almaktadır. Bundan sonraki tahsilatlardan (*faiz tahsilatlarından*) harç alınması, Harçlar Yasasının 20. maddesinin açık hükmü karşısında mümkün bulunmamaktadır. Kısacası, Kanun; harç alacağının tahsilini borcun tamamının ödenmesi şartına bağlamamıştır. Borcun tamamı ödenirse elbetteki harç da tahsil edilecektir. Şayet, borcun tamamı değil de taksit taksit ödenmesi söz konusu ise bu taktirde yapılan borç tahsilatlarının alacaklıya ödendiği miktara göre harç tahakkuku ve tahsilatı yapılacaktır. Çünkü Devlet, verdiği hizmet yani yaptığı tahsilat kadar harç almayı hak etmiştir.

Görülmektedir ki, Harçlar Kanunu, para borçlarıyla ilgili icra tahsil harcının alacağın ister kısmen (*taksitle*), isterse tümüyle- tahsili sırasında alınmasını öngörmektedir.

Yeri gelmişken açıklamakta yarar vardır ki, alacaklının, alacağının tamamını elde edinceye kadar takibe devam etmek hakkı ve yetkisi vardır. İcra Dairesince borçlu tarafından yatırılan miktardan kesilen harç nedeniyle alacaklı, alacağının tamamına kavuşamadığı takdirde borçlunun malvarlığı üzerinde takibi devam ettirerek alacağını eksiksiz tahsil etme olanağına her zaman sahiptir. Alacaklı, icra takibinin herhangi bir safhasında borçlu aleyhine yürüttüğü takibi sürdürmekten vazgeçerse ve hatta bunu bir beyan olarak icra tutanağına yazdırmak isterse İcra Müdürü, feragat beyanını zapta geçirmeden önce borçlu ödemedede bulunmadığı takdirde feragat harcını alacaklıdan tahsil etmek durumundadır. Yasanın 32 ve 127. maddeleri bu konuda hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde açık hükümler içermektedir.

Diğer taraftan, Harçlar Kanununun 128. maddesinde de gerekli harçları tamamen almadan işlem yapan memurların harcın ödenmesinden mükellefler ile müteselsilen sorumluluğu öngörülmüştür.

Harçlar Yasasının 37. maddesinde düzenlenen ve harçların Vergi Dairesince tahsilini öngören kural ise, İcra Dairesince başkaca hiçbir işlem yapılmasını gerektirmeyen ve yasanın öngördüğü süreler içinde harç ödemesi yapılmayan konulara münhasırdır. Kısaca harç tahsil müzekkeresi yazılmak suretiyle icra tahsil harcının Vergi Dairesince tahsili öngörülen takip dosyası infaz edilmek suretiyle icra müdürü tarafından işlemden kaldırılan işlerle ilgilidir.

— Somut olayda olduğu gibi, konusu para alacağı olan icra takiplerinde takip konusu alacağın, borçlu tarafından taksitler halinde ödenmesi durumunda alacaklıya her bir ödeme yapılırken icra tahsil harcının

alınması gerekmektedir. Zira, harcın tahsilinin alacağın tamamının ödenmesinden sonraya bırakılması gibi bir kabul şekli , Harçlar Yasasının hem sözüne ve hem de özüne aykırı olup, kabulü olanaklı değildir.

Eş söyleyişle, icra müdürünün, alacağın borçlu tarafından bölüm bölüm icra kasasına yatırılması veya başka nedenlerle (*satış paraları veya İİK'nın 89. maddesi uyarınca alacaklılar ve üçüncü şahıslar elinde haczedilen mallarla ilgili paralar*) kasaya alınan paralar olup olmadıklarına bakmaksızın, kasaya giren paradan alacaklıya yaptığı her ödeme sırasında yasa gereği tahsili gereken harç miktarını tahsili gerekir.

Bu nedenledir ki, mahkemece açıklanan şekilde işlem yapan müdürlük işlemine ilişkin şikayetin reddine dair kararda direnilmiş olması usul ve yasaya uygun olup, kararın onanması gerekir.

SONUÇ: Şikayetçi/alacaklı banka vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle ONANMASINA ve aşağıda dökümü yazılı (1.10)YTL bakiye temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına 16.02.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2005/15-10 K: 2005/79 T: 23.2.2005

SÖZLEŞMENİN FESHİ • TAZMİNAT İSTEMİ • ZAMANAŞIMININ BAŞLANGICI

Özet: Sözleşmenin feshinden doğan tazminat istemine uygulanacak olan zamanaşımı süresinin, fesih bildiriminin yapıldığı tarihten itibaren başlatılması gerekir.^(*)

Taraflar arasındaki "**Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy Asliye 1. Ticaret Mahkemesince davanın zamanaşımı nedeniyle reddine dair verilen 21.5.2002 gün ve 2000/546-2002/400 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.6.2003 gün ve 2003/1440-3109 sayılı ilamı ile,

(...Taraflar arasındaki akit, davacı şirketin davalıya gönderdiği 14.06.1995 tarihli fesih ihbarnamesinin davalı kooperatife ulaştığı anda feshedilmiş, akdin feshi davası da 6.1.1996'da açılmıştır. Zamanaşımının en erken bu tarihlerden başlaması gereklidir. Davanın açıldığı 31.05.2000

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

tarihine kadar olayda BK'nın 126/4 maddesindeki 5 yıllık süre dolmadığından mahkemece davalının zamanaşımı definin reddiyle işin esasının incelenmesi ve sonucuna uygun bir karara varılması gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi 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 Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle feshin bildiriminin açıkça 14.6.1995 tarihli ihtarnameyle yapılmış, kısmi davanın da 30.01.1996 tarihinde açılmış olmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 23.2.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen niza ek davada zaman aşımının dolup dolmadığı noktasında toplanmaktadır, yerel mahkeme ek davada zamanaşımının dolduğunu kabul etmiş özel daire ve HGK. ise zamanaşımının ikinci uyarıdan itibaren hesaplanması gerektiği görüşünü kabul etmiştir. Gerçekten de davalıya ikinci fesih uyarısı 14.6.1995 tarihinde gönderilmiş olup bu tarih esas alındığında dava tarihi itibarı ile BY'nin 126/4 maddesindeki beş yıllık zaman aşımı süresi dolmamaktadır, ancak yüksek özel dairenin ve HGK'nın aşağıda açıklanan nedenlerle bozma kararına katılamıyorum:

Bilindiği gibi karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde taraflardan birisinin edimini yerine getirmemesi halinde BY'nin 106/1 maddesine göre önce borçluya temerrüt uyarısı gönderilerek akdin ifası için önel verilmesi bu önel içerisinde borc yerine getirilmez ise bu defa BY'nin 106/2 maddesine göre seçimlik haklardan hangisinin kullanıldığının karşı tarafa bildirilmesi gerekmektedir, bu nedenle ilk çekilen uyarıda akdin feshedildiği değil süre sonunda fesh edileceği belirtilmektedir. Ancak bu uyarılar ayrı ayrı çekilebileceği gibi aynı uyarıda ikisi birlikte de gönderilebilir, bu durumda verilen süre içerisinde karşı taraf yükümlülüğünü yerine getirmeyince sözleşme feshedilmiş olup yine aynı uyarıda kullanılacağı belir-

tilen seçimlik hak kullanılır hale gelmekte ve davacı burada belirttiği haktan vazgeçerek seçimlik hakkını değiştirme imkanını da kaybetmektedir, bu durum yüksek 11. Hukuk Dairesinin 8.5.1980 gün 1980/1709-3467 sayılı kararında da (B, Y, nın 106. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında öngörülen iki ayrı ihtarname yerine tek bir ihtarname ile yetinilmesi de mümkündür. Yani hem akdin ifası için mehil verilmesi hem de bu mehil zarfında borç yerine getirilmese ileride ne isteneceğinin önceden beyan edilmesinde kanuna aykırı bir durum yoktur. Davacı ihtarnamede 15 gün mehil verdiğine ve bununla yetinmeyecek davalının 15 gün zarfında sözleşme gereğini yerine getirmemesi halinde malı piyasadan temin ederek aradaki fark kadar zarar talep edeceğini bildirdiğine göre davacı artık bu zarar-zıyan isteğinden vazgeçip akdin ifasını isteyemez) denilmek suretiyle bu şekilde çekilen uyarının geçerli olduğu artık ikinci bir uyarıya gerek bulunmadığı açıklanmıştır. Olayımızda da davacı her iki uyarıyı birlikte çekmiş ve bu uyarı gerek akdin feshi gerekse temerrüt yönünden sonuçlarını doğurmuş olduğundan zaman aşımının uyarı ile birlikte oluştuğunun kabulü gerekir, bu tarih 14.5.1995 olup dava tarihi olan 31.5.2000 tarihi itibarı ile zaman aşımı dolmuştur.

Akdin feshedilmesi ve temerrüdün oluşması için muhakkak davacının uyarı çekmesi diye bir koşul da yoktur, karşı tarafın uyarısı veya uyarıya cevabı ile de akit feshedilebilir, olayımızda davalı kendisine gönderilen uyarıya vermiş olduğu cevapta böyle bir akdin varlığından gönderilen uyarı ile haberdar olduğunu ,yapılan sözleşmenin yetkili organlar tarafından düzenlenmediğini arsa tahsisi yapılmadığından sözleşmenin kendiliğinden geçersiz hale geldiğini belirtmiş ve bu uyarı 23.5.1995 tarihinde davacıya tebliğ edilmiştir, bu tebliğ ile birlikte davalı akitle bağlı olmadığını ve yükümlüğünü yerine getirmeyeceğini açıkladığına göre feshi ve temerrüt BY'nin 107. maddesi göz önüne alındığında bu tarih itibarı ile de doğmuş olup buna göre de zaman aşımı süresi dolmuştur. Kaldı ki ek davadan önce görülüp Yargıtay onayından geçerek kesinleşmiş bulunan ilk davada dahi akdin feshinin ve temerrüdün ilk uyarı ile oluştuğu mahkemenin kabulündedir, ek davada bunun aksine zaman aşımının ikinci uyarı ile başladığının kabulünün dosya kapsamına göre dayanağı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararının onanması gerektiği düşünce-sindeyim.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2005/4-101 K: 2005/133 T: 2.3.2005****ZİNCİRLEME BORÇ • ALACAKLININ SEÇİM HAKKI
• ZİNCİRLEME BORÇLULAR ARASINDAKİ İÇ İLİŞKİ**

(BK. m. 51)

Özet: Zincirleme borçluların tamamına veya bir kısmı aleyhine dava açılabilir.

Davacının zincirleme borçlulardan bir kısmına karşı dava açmamış olması veya açtığı davadan vazgeçmiş olması, müteselsil borçluların birbirlerine karşı olan sorumluluklarını etkilemez.^(*)

Taraflar arasındaki "**Manevi Tazminat**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kocaeli Asliye 3. Hukuk Mahkemesince davanın davalı SSK yönünden kısmen kabulüne, diğer davalılar yönünden reddine dair verilen 3.4.2003 gün ve 2000/389-2003/168 sayılı kararın incelenmesi SSK Genel Müdürlüğü vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 15.12.2003 gün ve 10983-14826 sayılı ilamı ile,

(...1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, hatalı tedaviden kaynaklanan maddi ve manevi zararın tazminine ilişkindir. Mahkemece, davalılardan SSK Genel Müdürlüğü hakkındaki dava kısmen kabul edilirken, diğer doktor olan davalılar hakkındaki dava reddedilmiştir.

Davacıların çocuğunun, davalı doktorlar FÖ ve BŞİ'nin kusurlu davranışları ile hayatını kaybettiği gerek ceza dosyası gerekse eldeki dava sırasında alınan Adli Tıp ve Yüksek Sağlık Şûrası raporları ile sabittir. Davacılar, davalı doktorların kişisel kusurlarına dayanmışlardır. Anılan raporlarla kişisel kusurları belirlendiğine göre adı geçen doktorların da müştereken müteselsilen sorumlu tutulmaları gerekirdi. Mahkemece, işin mahiyeti gerekçe gösterilerek doktor davalılar hakkındaki davanın reddedilmiş olması nedeniyle hükmün bozulması gerekmiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

TEMYİZ EDEN: Davalı Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürlüğü vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, hatalı tedaviden doğan maddi ve manevi zararın tazmini istemine ilişkindir

A- Davacının isteminin özeti; Davacılar vekili, davacıların kızları olan TD'nin yüksek ateş, ishal ve kusma şikayetleri üzerine davalı SSK Hastanesine götürüldüğünü, davalılardan Doktor Sİ tarafından muayene edilip hastaneye yatırılmadan, etkili ve yeterli ilaçlar verilmeksizin eve gönderildiğini, durumu kötüleşince yine davalı kuruma ait başka bir hastaneye götürüldüğünü, burada Doktor FÖ tarafından muayene edilip yeni bir ilaç tedavisi ile yine eve gönderildiğini, aynı gün hastanın vefat ettiğini, davalı kurumun doktorlar ile birlikte bu durumdan sorumlu olduğunu ileri sürerek maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

B- Davalıların cevabının özeti; Davalılar vekilleri davanın reddini savunmuşlardır.

C- Yerel Mahkeme kararının özeti; Yerel Mahkeme, maddi tazminat davasının feragat nedeniyle reddine, manevi tazminat davasının ise dosya kapsamı ve davanın mahiyeti gerekçesiyle,SSK yönünden kısmen kabulüne,diğer davalılar yönünden reddine karar vermiştir.

D- Temyiz evresi bozma ve direnme; Hüküm, Davalı SSK vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçe ile bozulmuş; Yerel Mahkemece "*Davalılar Doktor FÖ ve Doktor BSİ haklarında verilen red kararının davacı tarafca temyiz edilmemesi karşısında bu davalılar lehine usulü kazanılmış hak doğduğu, davalı kurumun diğer davalılar aleyhine rücu davası açmasına engel bir durum bulunmadığı*" gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir.

E- Maddi olay; Mahkemece alınan Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 5. İhtisas Kurulu raporuna göre, davalı Doktor BSİ'nin hastaya uygun tanı ve tedavi uygulamadığı için 4/8 oranında kusurlu olduğu, diğer 4/8 kusurun ise hastanenin işleyişine bağlı bulunduğu, Doktor FÖ'nün de bebeği ölümünden 1,5 saat öncesinde görmesine, (*otopside de ağır dehidratasyon bulguları saptanan*) ve "*bari bir hafta daha bekletseydiniz*" demesine rağmen hastayı yatırarak tedavi etmeyip evine gönderdiği için 4/8 oranında kusurlu olduğu, geri kalan 4/8 kusurun ise hizmet işleyişindeki faktörlere bağlı olduğu sonucuna varılmıştır.

F- Gerekçe; Davalı doktorların kusurlu olduğu, davalıların tamamının müştereken ve müteselsilen sorumlu bulunduğu tüm dosya kapsa-

mından anlaşılmakta olup Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında bu konuda uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Uyumsuzluk, davacıların davalı doktorlar aleyhine açılan davanın red-dine dair verilen kararı temyiz etmemesiyle usulü kazanılmış hakkın doğup doğmadığı noktasındadır.

Somut olayda Borçlar Kanunu 51. madde anlamında müteselsil sorumluluk sözkonusudur. Davalıların tamamı manevi zararın doğmasından müteselsilen sorumlu olup davacılar, davalıların tamamına veya bir kısmı aleyhine dava açabilir. Davacılar seçimlik haklarını kullanarak davalıların tamamı aleyhine manevi zararın tazmini için dava açmış iseler de mahkemece sadece kurum aleyhine hüküm kurulmuştur. Davacılar tarafından davalı doktorlar için verilen red kararı temyiz edilmemiş olmakla birlikte, bu durum davalı doktorlar lehine kazanılmış hak sonucunu doğurmaz, çünkü davalı doktorlar hakkında verilen red kararı dolaylı olarak davalı kurumu etkileyecektir. Şöyle ki, görülmekte olan davada diğer davalılar da taraf olarak bulunduklarına göre yargılama sonucunda verilen karar ilerde açılma ihtimali bulunan rücu davasında güçlü delil olarak dikkate alınabilir. Davalı kurum, diğer davalıların sorumlu olduğu gerekçesiyle temyiz talebinde bulunmuş olduğuna göre davalı doktorlar yönünden usulü kazanılmış haktan söz edilemez.

Bu nedenle Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasa aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 2.3.2005 gününde, oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2005/10-78 K: 2005/137 T: 2.3.2005****BAĞ-KUR SİGORTALILIĞI • KURUM GÖREVLİLERİ TARAFINDAN
OLUŞTURULAN TESPİT**

Özet: Sosyal güvenlik kurumu görevlilerince ilgili meslek kuruluşu kayıtları incelenerek oluşturulmuş tespitin ikna edici ve eşdeğerde kanıtlarla çürütülmesi gerekir.^(*)

Taraflar arasındaki "**İptal-Tespit**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Adana 1. İş Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 18.2.2003 gün ve 2001/772-2003/136 sayılı kararın incelenmesi davacı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 29.9.2003 gün ve 2003/4927-6264 sayılı ilamıyla;

(...Davacı, Adana At Arabacılar ve Sürücüler Esnaf Derneğindeki 18.04.1990 tarihli kaydına istinaden Bağ-Kura kayıt ve tescil edildiğini ancak davalı Kurum tarafından Dernek kaydının usulsüz olduğu, motorsuz taşıt sürücü belgesi, plaka kaydı, motorsuz taşıt ruhsatı, Belediye Trafik ve Sinyalizasyon kaydı bulunmadığı bahane edilerek 12.07.2001 tarihinde sigortalılığının iptal edildiğini belirtmek suretiyle davalı Bağ-Kur'un anılan işlemin iptaline, 18.04.1990 tarihinden bu yana sigortalılığının geçerli bulunduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, esnaf sicil kaydı bulunmadığından davanın reddine karar vermiştir. Ancak, davacının 18.04.1990 tarihinde Adana Umum Arabacılar Sürücüler Derneğine üye olduğunu gösteren Dernek vezne makbuzu fotokopisi dosyada bulunmaktadır. 0019 plaka nosu ile at arabası sürdüğü anlaşılmaktadır. Dinlenen tanıklardan Durmuş Gül, adı geçen Dernek üyesidir; 1990 yılında davacının At Arabacılar Derneğine üye olduğunu, 7-8 yıl at arabacısı olarak çalıştığını, yetki Belediyeye devredilince plaka ve at arabacılığı belgesi aldığını, Belediye tarafından yasaklanınca işini bıraktığını söylemiştir. Tanık HÖ, davacının 1990 yılında at arabası ile inşaatlara kereste taşıdığını beyan etmiştir. Öte yandan, Adana Büyükşehir Belediyesi Trafik Sinyalizasyon Şube Müdürlüğü 0019 plaka nolu at arabasının davacıya değil, Ali Tutucuya ait olduğunu söylemiştir.

Bağ-Kur sigortalılığı için asıl olan, kendi nam ve hesabına bağımsız çalışmaktır. Sosyal güvenlik hakkı Anayasamızda düzenlenmiş olup, bu hak ve yükümlülüklerden kaçınılamaz ve vazgeçilemez olması bu nedenle de iş bu tür davaların kamusal niteliği gözetilerek gerçeğin ortaya çıkartılması

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

bakımından kanıtlar resen ve özenle toplanması gerekir. Mahkemece yapılacak iş:

Davacının ibraz ettiği Umum Arabacılar ve Sürücüler Esnaf Derneğinin 18.04.1990 günlü vezne makbuzunda adı geçen şef Nİ ve VY ile o tarihten günümüze kadar başkanlık ve Dernek muhasipliği yapmış kişiler ve Adana At Arabacıları Esnaf Odası Başkanlarından davacıyı tanıyanlar belirlenip, tanık sıfatıyla dinlenerek, davacının kendi nam ve hesabına çalışıp çalışmadığı, çalıştı ise, hangi yıllar arasında at arabacılığı yaptığı kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde, saptanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usule ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır. ...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

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, özellikle Kurum görevlilerince anılan meslek kuruluşu kayıtları incelenerek düzenlenen tespit tutanağı karşısında, meslek kuruluşu kaydının gerçeği yansıttığına ilişkin iddiaları doğrulayıcı nitelikte delil elde edilemediği anlaşılmakla, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle ONANMASINA ve gerekli ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 2.3.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2005/9-39 K: 2005/136 T: 2.3.2005****YARGITAY BOZMASI • DİRENME KARARININ KOŞULLARI**

(4046 SK. M. 22)

Özet: Yargıtay bozmasından sonra, bozma kararından esinlenerek yapılan araştırma ve inceleme sonucunda tekrar eski karar doğrultusunda hüküm kurulmuşsa, usul ve yasaya uygun bir direnme kararı verilmediği ve mahkemece yeni bir karar oluşturulduğu kabul edilmelidir.^(*)

Taraflar arasındaki "**Kıdem Tazminatı**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 2. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 14.4.2003 gün ve 2002/746-2003/327 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 17.11.2003 gün ve 14205-19394 sayılı ilamı ile;

(...Davacının kapsam dışı personel olarak özelleştirme kapsamına alınan işyerinde çalışırken 1999 yılı içinde TEAŞ Genel Müdürlüğüne memur olarak atandığı uyumsuzluk dışı kalmaktadır.

Uyumsuzluk Mahkemesinin 22.01.1996 tarih, 1995/1 Esas, 1996/1 Karar sayılı ilke kararı uyarınca özelleştirme kapsamında bulunan kapsam dışı statüde çalışan personelin kurumlan ile olan ilişkilerinden doğan anlaşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğundan mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek hüküm kurulması hatalıdır...)

Gerekçesiyle bozularak dosya mahalline geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonucunda, mahkemece direnme kararı verilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Taraflar vekili**HUKUK GENEL KURULU KARARI**

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra ge-
reği görüldü:

Davacı; davalıya ait işyerinde hizmet akdi ile çalışmaktayken, bu işyerinin özelleştirilmesi sonucunda bir kuruma kamu personeli statüsünde atandığını, bu atamanın, hizmet sözleşmesinin feshi sonucunu doğurduğunu belirterek, kıdem tazminatının hüküm altına alınmasını istemiştir.

(*) Gönderen: Av. Talih UYAR

Davalı; özelleştirme kapsamında bulunan KiT'lerde sözleşmeli ya da kapsam dışı personel statüsünde çalışanların, kurumları ile olan ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde idari yargı yerinin görevli olacağı nedenle, davanın görev yönünden reddine karar verilmesini savunmuştur.

Dava; özelleştirilmesine karar verilen davalı işletmede kapsam dışı personel olarak çalışan davacının, 4046 Sayılı Kanunun 22. maddesi uyarınca başka bir kuruma atanması sonucu önceki hizmet sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağı savına dayalı kıdem tazminatı istemine ilişkindir.

Mahkemece; bir kimsenin girdiği özel hukuk ilişkisinden, diğer tarafın tek yanlı iradesi ile çıkartılıp, kamu hukuku statüsüne sokulmasının mümkün olmadığı, statü değişikliği nedeniyle, davacının, İş Kanununa tabi, hizmet akdi ile geçirdiği süreye uygun kıdem tazminatına hak kazanacağı gerekçeleriyle davanın kabulüne dair verilen karar, Özel Dairece yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

Bozma sonrasında; mahkemece, Antalya Liman İşletmesinin özelleştirilmesi hakkındaki belgeler Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığından istenerek, gönderilen (*Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı, İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi ile Antalya Liman İşletmesi Devir Protokolü*) belgeler ve ana dosya niteliğindeki dosyada 9. Hukuk Dairesince esasa ilişkin olarak verilen ikinci bozma kararı incelenmiştir.

Bozma öncesi var olmayan bir kısım belgelerin dosyada yer aldığı, Yerel mahkemece bozma kararından esinlenerek, bu kapsamda yapılan araştırma ve inceleme sonucunda görevsizlik kararı verilmesi yönündeki bozma kararına direnildiğinin belirtildiği, ayrıca, ana dosya niteliğindeki dosyada, Hukuk Genel Kurulu'nun, yerel mahkemenin verdiği kararın, direnme kararı niteliğinde bulunmayıp, yeni hüküm oluşturduğu belirtilerek (*temyiz itirazlarının incelenmesi amacıyla dosyanın Dairesine gönderilmesi kararı*) sonrasında Yüksek Dairece uyuşmazlığın esasına girerek verilen ikinci bozma kararı kapsamında yeni bir inceleme daha yapılarak, bu kez istemin reddine karar verilmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, usul ve yasaya uygun bir direnme kararı mevcut olmayıp bozma çerçevesinde yapılan araştırma sonucu oluşturulan yeni bir hükmün varlığının kabulü gerekecektir.

Belirtilen nedenlerle, yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Dairesine gönderilmelidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 9. HUKUK DAİRESİNE gönderilmesine, 2.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2005/12-384 K: 2005/400 T: 22.6.2005****KAMULAŞTIRMA BEDELİ • FAİZ UYGULAMASI***(Anayasa m. 46/son; 3095 s. SK.)*

Özet: Kamulaştırma bedeline ilişkin davalarda verilen kararlarda, kesinleşme tarihine kadar 3095 sayılı Kanunda öngörülen oranlarda; kesinleşme tarihinden sonra ise TC. Anayasasının 46/son maddesi hükmü uyarınca kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.

Taraflar arasındaki "**Şikayet**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Pendik İcra Mahkemesince davanın reddine dair verilen 26.8.2004 gün ve 2004/502 E, 548 K. sayılı kararın incelenmesi davacı borçlu vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 8.2.2005 gün ve 2005/411 E, 2046 K. sayılı ilamı ile,

(... Takibe dayanak ilamda kamulaştırma bedelinin yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiştir. İlamda, oran belirtilmeyip yasal faiziyle tahsile hükmedilmesi halinde faiz oranlarının uyumsuzluğa uygulanması gerekli yasada öngörülen şekilde belirlenmesi gerekir. Buna göre, kesinleşmiş kamulaştırma bedelleri alacaklar için 4709 Sayılı Yasa ile değişik Anayasa 46/son maddesine göre 17/10/2001 tarihinden itibaren kamu alacakları için saptanan en yüksek faizin uygulanması talep edilebilir. Bir başka anlatımla henüz kesinleşmemiş kamulaştırma bedelleri yönünden 17/10/2001 tarihinden itibaren kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı uygulanmaz. Anayasa 46/son maddesinde öngörülen faiz oranı ilamın kesinleşmesinden itibaren uygulanacaktır.

Mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda dayanak ilamın kesinleşme tarihi belirlenip, ilamın kesinleşme tarihine kadar 3095 Sayılı Yasaya göre faiz uygulanması yapılarak, kesinleşmesinden sonra ise, Anayasa'nın 46/son maddesindeki değişikliğe göre kamu alacaklarına uygulanan en yüksek faiz oranına göre hesaplama yapılmalı ve oluşacak sonuca göre bir kara verilmelidir. Bu nedenlerle, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar 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, 22.06.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E: 2005/14-586 **K:** 2005/608 **T:** 26.10.2005

PAYLI MÜLKİYET**• HUSUMETİN TÜM PAYDAŞLARA YÖNETİLMESİ KOŞULU**

(TMK. m. 722/son ve 725/2, 688)

Özet: Paylı mülkiyet hükümlerine tabi olan taşınmazda inşa edilmiş olan yapı nedeniyle açılmış olan elatmanın önlenmesi davasında, husumetin tüm paydaşlara yönetilmesi gerekir.

Taraflar arasındaki "**Müdahalenin Önlenmesi ve Yıkım**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Üsküdar Asliye 4. Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 15.12.2003 gün ve 955-1137 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 28.9.2004 gün ve 37S7-6311 sayılı ilamı ile;

(...Davada, mülkiyeti dava dışı Hazineye ait olan ve yararlanması davacı üniversiteye bırakılan 914 ada 11 parsel sayılı taşınmaza davalı elatmasının yıkım suretiyle önlenmesi istenmiştir.

Uyuşmazlık, 30.5.2003 tarihli krokide sarı ile boyanan 6.16 metreka-re yüzölçümlü taşkın bölüme ilişkin olup mahkemece istem hüküm altına alınmış, karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Taşkın bölümünün yıkımı hüküm altına alınan bina 914 ada 10 parsel üzerine yapılmıştır. Tapu kaydına göre, 10 parselde davalı Recep Kış dışında başkaları da paydaştır. Diğer bir anlatımla 10 parsel, paylı mülkiyet hükümlerine tabidir. Paylı mülkiyet rejimine tabi taşınmazda tüm paydaşlar arasında payları karşılığı intifalarına bırakılan kesimleri belirleyen kullanmaya ilişkin geçerliği tartışılmayacağı bağlayıcı bir anlaşmanın varlığı ileri sürülmediğinden, arzın mütemmim cüzi olan yapıda paydaşların taşınmazdaki payları oranında mülkiyet haklarının bulunduğu kabul zorunludur. Hal böyle olunca davanın 10 parselin davalı dışındaki maliklerine de yöneltip katılmaları sağlandıktan sonra çözümü gerekirken, eksik taraf teşkili ile sonuçlandırılması doğru olmamıştır. Karar bu nedenle bozulmalıdır...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine çeri 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 kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, elatmanın önlenmesi ve yıkım istemine ilişkindir.

A- Davacının isteminin özeti; Davacı vekilleri, dava konusu taşınmazın Maliye Hazinesi adına kayıtlı olup davacı üniversiteye tahsis edildiğini ancak komşu parselin hissedarlarından olan davalının, dava konusu taşınmaza inşaat yapmak suretiyle tecavüz ettiğini ileri sürerek müdahalenin men'ine, muhtesatın kal'ine karar verilmesini talep etmiştir.

B- Davalının esvabının özeti; Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

C- Yerel Mahkemenin Kararının Özeti; Yerel Mahkemece, davalıya ait binanın davacıya tahsis eden 11 nolu parselde tecavüzlü bulunduğu anlaşıldığı, Türk Medeni Kanununun 683 ve 722. maddeleri uyarınca, davalının haksız müdahalesinin yıkım suretiyle önlenebileceği gerekçesiyle "davanın kabulüne" karar verilmiştir.

D- Temyiz Evresi, Bozma ve Direnme; Hüküm, davalı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçe ile bozulmuş; yerel mahkemece " Türk Medeni Kanununun 722/son ve 725/2. maddelerinden, kendi malzemesi ile taşkın-yapıyı yapan kimseye karşı arazi malikinin yapının sökülüp kaldırılmasını isteyebileceği anlaşılmaktadır, Davalı yapı maliki taşınmaz davacıya ait taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkına sahip olmadığına ve iyi niyetli bulunmadığına göre bozma kararı yerinde değildir." gerekçesi ile kararında direnmiştir.

E- Maddi Olay; Dava konusu 11 parsel, tapuda dava dışı Hazine adına kayıtlı olup davacı üniversiteye tahsis edilmistir. Parsele taşan bina ise 10 parselin paydaşlarından davalı tarafından kullanılmaktadır.

F- Gerekçe; Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesine göre; paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla malik olup, paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malikin hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Kural olarak bir şeye malik olan kimse o şeyin bütünleyici parçalarının da malikidir. Bununla birlikte paydaşlar, kendi aralarında oybirliği ile anlaşarak yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilirler.

Somut olayda, davacıya tahsis edile 11 parsele taşan yapı. 10 parselin paydaşlarından olan davalı tarafından kullanılmakla birlikte 10 parsel sayılı taşınmaz paylı mülkiyet hükümlerine tabi olup tüm paydaşlar arasında kullanıma ilişkin geçerli bir taksim sözleşmesinin yapıldığı ileri sürülmemiştir.

O halde arzın bütünleyici parçası olan taşkın yapı üzerinde davalı dışındaki paydaşların da payları oranında mülkiyet hakları bulunduğu kabulü gerekir. Bu durumda mahkemece yapılması gereken, 10 parselin davalı dışındaki maliklerinin de davaya katılmaların sağlamaktır.

Açıklanan nedenle usul ve yasaya aykırı olan direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma Kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden edayı HUMK'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 25.10.2005 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2005/1-623 K: 2005/642 T: 23.11.2005****KOMŞULUK HUKUKU****• FEDAKARLIĞIN DENKLEŞTİRİLMESİ KURALI***(MK. m. 737, 738)*

Özet: Komşuluk hukukunda kusursuz sorumluluk ilkesi geçerlidir. Komşuluk hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde gözetilmesi gereken diğer bir ilke de fedakarlığın denkleştirilmesi kuralıdır.

Bu nedenle komşu taşınmazlar arasındaki istinat duvarının müşterek olarak yapılmasına karar verilmelidir.

Taraflar arasındaki "**El Atmanın Önlenmesi**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Üsküdar 1. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 11.3.2004 gün ve 2002/1075-2004/96 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 11.11.2004 gün ve 9489-10999 sayılı ilamı ile,

(...Dava, davacı ile davalı taşınmazları arasında bulunan istinat duvarının yıkılarak yeniden yaptırılması istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; davacının taşınmazı ile davalı taşınmazı arasında kot farkı bulunduğu ve arazinin bu yapısı nedeniyle iki taşınmaz arasına istinat duvarının yapılmasının zorunlu olduğu tartışmasızdır. Esasen bu husus mahkemenin de kabulündedir.

Bilindiği gibi Medeni Kanunun komşuluk hukukuna ilişkin 737. ve 738. maddeleri kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) ilkesini getirmiştir. Komşuluktan doğan uyuşmazlıkların çözümünde gözetilmesi gereken diğer bir ilke de özverinin (fedakarlığın) olaya en uygun düşecek şekilde denkleştirilmesidir. Başka bir deyişle, her taşınmazın maliki komşuluk hukukundan doğan yetkilerini kullanması için gerekli işlere ve bunların giderilmesine kendi yararlanma oranında katılmakla yükümlüdür (M.Y. m. 750).

Somut olayda zarar verici durumun davacının kusuruyla oluştuğunu kabul etme olanağı yoktur.

Nevar ki, tabiat olaylarının zamanla ortaya çıkardığı ve giderilmesini kaçınılmaz hale getirdiği bir zararın varlığı da açıktır.

O halde hak ve nefaset kuralları gözetilerek, yanların katılımları sağlanmak suretiyle uzman bilirkişi raporunda işaret edilen istinat duvarının müşterek yaptırılmasına karar verilmesi gerekirken tüm yaptırım ve giderlerinin davalılara yükletilmesi doğru değildir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar 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, 23.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**E: 2005/10-493 K: 2005/647 T: 23.11.2005****YURT DIŞINDA GEÇEN HİZMETLERİN BORÇLANILMASI
• TÜRK VATANDAŞLIĞI KOŞULU***(Anayasa m. 62; 3201 SK.)*

Özet: Yurtdışında Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olarak çalışan ve borçlanma sırasında Türk vatandaşı olan kişiler, yurtdışında geçen hizmetlerin borçlanılması hakkından yararlanabilirler. Göçmen olarak Türkiye'ye gelenler, yurtdışında çalıştıkları sürede Türk vatandaşı olmadıkları için borçlanma hakkından yararlanamazlar.

Kamu düzenine ilişkin hususlarda usuli kazanılmış hak olduğu kabul edilemez.^()*

Taraflar arasındaki "**Tesbit**" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 1. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 11.11.2004 gün ve 699-743 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 30.12.2004 gün ve 13340-17779 sayılı ilamı ile;

(...Dava; Bulgaristan göçmeni olarak Türkiye'ye gelen, bilahâre Bakanlar Kurulu Kararı ile Türk vatandaşlığına kabul edilen ve Kuruma başvuru tarihinde Türk vatandaşı olduğu çekışmesiz bulunan davacının, Bulgaristan'da gerçekleşen hizmetlerinin, çalışmanın yapıldığı tarihte Türk vatandaşı olma ve borçlanma için 2 yıllık süre koşulu aranmaksızın 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlandırılmasının mümkün bulunduğunun tespiti istemi-ne ilişkindir. Borçlanılmak istenilen hizmetlerin tarih ve süreleri, davacı tarafından ibraz edilen ve Bulgaristan yetkili makamlarınca düzenlenmiş çalışma belgesinin aslına uygunluğu noterlik ya da mahkemece onanmış örneği eklenerek, şayet biliniyorsa davacının Bulgaristan Cumhuriyetindeki vatandaşlık ve sigorta numarası da yazılmak suretiyle, ibraz edilen belgede kayıtlı çalışmanın doğruluğu Bulgaristan Cumhuriyeti Ulusal Sigorta Enstitüsü'nden diplomatik yolla sorularak, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile çalışmalara ilişkin olarak davacı tarafından ibraz edilen çalışma karnesi ve/veya Bulgaristan Cumhuriyeti Ulusal Sigorta Enstitüsü'nce düzenlenen "Tasdikname"nin Türkçe tercümesi ile yetinilerek yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

(*) Gönderen: Av. Ali GÜNEREN "Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı"

Kabule göre de; 3201 Sayılı Kanunun 4958 sayılı Kanunun 56. maddesi ile değişik 3. maddesi uyarınca, davacının borçlanma isteminin; anılan Yasanın 4 ve 5 maddeleri çerçevesinde değerlendirilmek üzere kabulü gerektiğinin tespitine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde Bulgaristan'da geçen çalışmaların 3201 sayılı Yasa gereği borçlandırılmaya esas hizmetlerden sayılması ve bu çalışmaların davacının sigortalılığına eklenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

A- Davacının isteminin özeti: Dava, göç nedeniyle Türkiye'ye gelen davacının, Bulgar vatandaşı olarak Bulgaristan'da geçen hizmet süresinin 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkındaki Kanun uyarınca borçlandırılması gerektiğinin tespitine karar verilmesi istemine ilişkindir.

B- Davalının yanıtının özeti: 3201 Sayılı Kanunun sadece Türk vatandaşı iken, yurtdışında geçen çalışmaların borçlanılmasına olanak tanıdığı, bu nedenle de davacının Bulgaristan vatandaşı olduğu dönemde geçen çalışmalarını borçlanamayacağı savunulmaktadır.

C- Maddi olay: 1989 yılında yaşanan zorunlu göç dolayısıyla Türkiye'ye gelen davacının, 1991 yılında Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığına kabul edildiği, borçlanmak istediği (1982-1989 yılları arasındaki) sürede -Türk asıllı- Bulgaristan vatandaşı, borçlanma istem tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olduğu, Bulgaristan'da geçen hizmetlerini 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanmak yönündeki başvurusunun; "3201 sayılı Kanunun 1. maddesine göre 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurtdışında geçen ve belgelendirilen çalışma sürelerinin borçlanma işleminin yapıldığı, davacının Bulgaristan vatandaşı olarak çalıştığı anlaşıldığından borçlanma işleminin yapılamayacağı" nedeniyle reddedilmesi üzerine eldeki bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

D- Yerel Mahkemenin kararının özeti: Davacının 1982-1989 tarihleri arasında yurt dışında (Bulgaristan'da) geçen çalışmalarının 3201 sayılı Yasa gereği borçlandırılmaya esas hizmetlerinden sayılması ve bu ça-

İşmaların davacının sigortalılığına eklenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmiştir.

E- Temyiz evresi, bozma ve direnme: Davalı SSK vekilinin temyizi üzerine yerel mahkeme kararı Yüksek Özel Dairece, yukarıda başlıkta yazılı nedenlerle bozulmuştur. Yerel mahkemece, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çalışma belgelerinin doğruluğu konusunda olmayıp, çalışmaların geçtiği dönemde davacının Türk vatandaşı olmamasından kaynaklandığı, bozma kararının taraflar arasındaki ihtilaf konusunun dışında bulunmakla, isabetli olmadığı belirtilerek direnme karar verilmiştir.

F- ÖN SORUN VE DEĞERLENDİRMESİ: Taraflar arasındaki uyuşmazlık konusunu oluşturan (*çalışmanın geçtiği dönemde Bulgaristan vatandaşı olma*) olgusunun, bozma kapsamı dışında bırakılmış olması karşısında, bu yönün davacı yararına usulî kazanılmış hak teşkil edip etmeyeceği Hukuk Genel Kurulu'nca ön sorun olarak ele alınmış, yapılan değerlendirmeler sonucunda; yurtdışı hizmet borçlanmasının sosyal güvenliğe ilişkin olması, dolayısıyla kamu düzeni ile ilgili bulunması karşısında, anılan yönün bozma kapsamı dışında bırakılmış olmasının usulî kazanılmış hak oluşturmayaacağına yapılan oylamada oyçokluğuyla karar verilerek, işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

G- Gerekçe: Hizmet borçlanması, sosyal güvenlik hakkı elde edilmesinde istisnai bir yöntem olarak; primi ödenmediği için hizmet süresinden sayılmayan bazı sürelerin primlerinin borçlanılıp ödenmesi koşuluyla yaşlılık aylığına esas sigortalılık süresi ve prim gün sayısından sayılması sağlayan bir yapıyı ifade etmektedir.

Sosyal güvenliğin dinamik yapısı, amaç ve kapsamındaki genişleme eğilimi, sosyal risklerin artan etkisi dikkate alındığında, yasalarda yer alan ve sosyal güvenliğin çatısını oluşturan bu gibi kavramların sınırlarının belirlenmesinde her zamankinden daha fazla zorunluluk bulunmaktadır.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık; 3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkındaki Kanundan yararlanabilmek için, borçlanmak istenen çalışmaların geçtiği devrede Türk vatandaşı olma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı, bir başka ifadeyle; 3201 sayılı Kanunla tanınan yurtdışı hizmet borçlanması hakkından yararlanacak olanların saptanmasında, bir anlamda sınırının çizilmesi noktasında toplanmaktadır.

Borçlanma yasalarının istisnai düzenlemeler olduğu dikkate alındığında, iş ve sosyal güvenlik hukukuna hakim prensip olan; işçi ve sigortalı lehine yorum ilkesinden sözedilerek, yasalarda açıkça belirtilen tanımların dışına çıkılmasına imkan bulunmamaktadır. Bu nedenledir ki, yurtdışı borçlanma süresi belirlenirken yasanın amacından hareket etmek gerekir.

Anılan Kanunun 1. maddesinde "*amaç ve kapsamı*"; 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen çalışma ve diğer bir kısım sürelerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirmek olarak ifade edilmiştir.

Anayasamızın 62. maddesi "*Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır*" hükmünü içermektedir.

Maddenin gerekçesinde; "*Yabancı ülkelerde çalışmak üzere giden ve orada yaşayan Türklerin sayısının azımsanamayacak miktarda olduğu, bu Türklerin ülkeleriyle olan bağlarını sürdürmekte devlet katkısının zorunlu olduğu, devletin yabancı ülkelerdeki Türklerin aile birliğini sağlamak, parçalanmış ailelerin sorunlarının çözümüne yardımcı olmakla ödevlendirildiği, yabancı ülkelerdeki Türklerin sosyal güvenliklerinin anlaşmalarla temin edildiği, ancak bu alanda da yapılacak işlerin olduğu ve maddenin devlete bu konuda yön gösterdiği*" belirtilmektedir.

Anılan madde uyarınca Devlet, yabancı ülkelere çalışan Türk vatandaşlarının sosyal ve güvenliklerini sağlamak yönünden görevli kılındığı açıktır.

Anayasa'nın 62. maddesi ile verilen bu görevin ifası amacıyla getirilen düzenlemelerden birisi de, 3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanundur.

3201 Sayılı Kanun bir borçlanma yasası olup, 1. maddede yapılan açık tanıma göre, ancak Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşı olarak yurtdışında geçen çalışmalarını borçlanabilmeleri öngörülmüştür. Anılan kanun, yurtdışı hizmet borçlanması hakkının kullanılabilmesi için çalışmanın geçtiği dönemde sigortalı ile uyrukluk ilişkisini aranamakta olup, Türk soylu ya da sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış olmak yeteli bulunmamaktadır.

2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabileceklerine İlişkin Kanunun 1. maddesinde, Türkiye'de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları serbestçe yapabilmelerine, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilmelerine olanak sağlandığı, kapsam başlıklı 2. maddesinde ise; bu kanunun Türk soylu yabancıların Türkiye'de çalışmalarına, kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde çalıştırılabilmelerine izin verilmesini, meslek kuruluş ve sosyal güvenlik Kurumları ile ilişkilerini, hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümleri kapsamaktadır. Anılan düzenleme ile Türk soylu yabancılar ile kurulan sosyal güvenlik ve çalış-

ma ilişkisinin sınırları belirlenmiştir. Yasaya bakıldığında bu sınırın, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına tanınan ve yurtdışı hizmetlerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirilmesini amaçlayan borçlanma hakkını içermediği, borçlanma kanunlarına da atıfta bulunmadığı açıktır.

Kaldı ki; bir başka ülke vatandaşı iken, o ülkede geçen çalışmaların, davacı yönünden yabancı ülkede geçmiş hizmet olarak adlandırılmasına ve kabulüne imkan bulunmamaktadır.

Anayasa ve 3201 sayılı Kanunun amaç ve ruhuna bakılmaksızın sadece borçlanma talebi sırasında. Türk vatandaşı olmanın yeterli kabul edilmesi isabetsiz olup, 3201 sayılı Kanun uyarınca tanınan borçlanma hakkından, yurtdışında Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olarak çalışan ve borçlanma sırasında Türk vatandaşı olanlar yararlanabilirler. Göçmen olarak Türkiye'ye gelenler, yurtdışında çalıştıkları sürede-Türk vatandaşı olmadıkları için borçlanamazlar. Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınmanın ise geçmişe etkili bulunmaması nedeniyle, yurtdışında sadece Türk vatandaşlığını kazandıkları günden sonraki süreleri borçlanarak değerlendirebilirler.

Yukarıda belirtilen maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme karar belirtilen nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterile nedenlerden dolayı HUMK'un 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, 23.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/1011 K: 2005/11340 T: 20.10.2005****ÖLÜNCEYE KADAR BAKIP GÖZETME SÖZLEŞMESİNİN
FESHEDİLMESİ • VERİLEN ŞEYİN GERİ ALINMASI***(BK. m. 517, 513; MK. m. 807, 808)*

Özet: *Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda, ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmesinin feshedilmesi ve verilen şeyin geri alınması mümkündür.*

Ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmesiyle bakım borçlusuna verilen taşınmazın muvazaalı olmayan bir temlik ile üçüncü kişiye devredilmesi halinde, verilen şeyi geri alma olanağı kalmayacağından, geri alma hakkı tazminata dönüşür.

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, maliki olduğu 27 parsel sayılı taşınmazdaki 11 nolu bağımsız bölümü ölünceye kadar bakım sözleşmesiyle davalı kızı S'ye temlik ettiğini S'nin bakım görevini yerine getirmedeğini, taşınmazın geri dönmesini engellemek için de durumu bilen konumundaki diğer davalı M'ye satış suretiyle muvazaalı devrettiğini ileri sürerek tapu iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur.

Davalı M, taşınmazı bedeli karşılığı satın aldığını, diğer davalı ile yakınlığı bulunmadığını bildirip davanın reddini savunmuştur.

Davalı S, yanıt vermemiştir.

Mahkemece, davalı M'nin çekişmeli taşınmazı bedel ödeyerek iyiniyetli satın aldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Halcimi Sadettin Akyol'un raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, -gereği görüşülüp, düşünüldü.

KARAR

Dava, tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL "Mersin Barosu"

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; çekişme konusu 27 parsel sayılı taşınmazda bulunan 11 nolu bağımsız bölümün davacı tarafından 27.4.1999 tarih 1890 yevmiye nolu akitle ve ölünceye kadar bakım kaydıyla davalılardan S'ye temlik edildiği, onun da taşınmazı 12.7.2000 tarih 4415 yevmiye nolu akitle ve satış yoluyla diğer davalıya intikal ettirdiği anlaşılmaktadır.

Davacı bakım borçlusunun akitle yükümlü olduğu görevlerini yerine getirmediğini ileri sürerek tapu iptal ve tescil talebinde bulunmuştur.

Bilindiği üzere; ölünceye kadar bakıp gözetmek sözleşmesi basitçe taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükleyen, bazı yönleri itibarıyla talih ve tesadüfe, ayrıca şekle bağlı bir sözleşme şeklinde tanımlanabilir. Nitekim, söz konusu sözleşme Borçlar Kanununun 511. maddesinde, *"kayıtlı hayat ile bakma mukavelesi, akitlerden birinin diğerine ölünceye kadar bakmak ve onu görüp gözetmek şartıyla bir mamelek yahut bazı malların temlikini iltizam etmesinden ibaret olan bir akit"* olarak tarif edilmiştir.

Anılan yasanın bu ve devamı maddelerinin açık hükümlerin de belirtildiği gibi ölünceye kadar bakım sözleşmesi ile, bakım alacaklısı sözleşmeye konu olan mamelek veya bazı mallarının mülkiyetini bakım borçlusuna geçirme, bakım borçlusu da kural olarak bakım alacaklısını kendi ailesi içerisine alıp, ona özenle ölünceye kadar bakıp gözetmek yükümlülüğü altına girer. Hemen belirtmek gerekirken, bakım borçlusunun bakıp gözetmek yükümlülüğü, aksi kararlaştırılmadığı sürece bakım alacaklısını ailesi içerisine alıp, ikametini temin etme yanında, besleme giydirme hastalığında hekime götürüp, gerekli ihtimamı gösterme, manevi yönden her türlü yardım ve desteği sağlama gibi ödevleri de içerisine alır. Kuşkusuz bakım borçlusu yükümlülüklerini yerine getirirken, aldığı malların kıymetine, bakım alacaklısının önceden sahip olduğu içtimai mevkiine ve hakkaniyet kurallarına göre hareket etmek zorundadır. Öte yandan, yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin sonuçları Borçlar Kanununun 517. maddesinde açıklanmış *"Sözleşmeden doğan ödevlere aykırılık yüzünden ilişki çekilmez olmuştur, ya da başka, önemli nedenlerle ilişkinin sürdürülmesi aşırı ölçüde güçleşmiş veya olanaksız hale gelmişse taraflardan herbirinin tek yanlı olarak sözleşmeyi fesh etme,"* verdiği şeyi geri alma hatta karşı tarafın kusurlu olması halinde tazminat isteme hakkı tanınmıştır. O halde, yükümlülüklerini yerine getirmeyen bakım borçlusuna karşı bakım alacaklısı her zaman fesih hakkını kullanabilmekte, fesih *"geçmişe etkili"* (makale şamil) olmak üzere sözleşmeyi sona erdirdiğinden Öte yandan, ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmesi ile bakım borçlusuna devir ve temlik edilen taşınmazın başkasına devredilmesini önleyen bir yasa hükmü yoktur. Esasen bu husus mülkiyet hakkının doğal bir sonucudur.

Ne varki ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmesi ile bakım alacaklısı hayatı boyunca bakılıp gözetilmeyi isteme gibi daha az teminatlı bir kişisel hak karşılığında taşınmazının mülkiyetini devretmektedir. İşte yasa koyucu sözleşmenin yanları arasındaki bu dengesizliği gidermek amacıyla bakım alacaklısı yararına devrettiği taşınmaz üzerinde Medeni Kanunun 807 ve 808. maddeleri yanında Borçlar Kanununun 513. madde ile de yasal bir ipotek hakkı bahşetmiştir.

Ancak, bakım alacaklısı yasalarla kendisine tanınan bu ipotek hakkını temlik tarihinden itibaren üç aylık süre içerisinde herkese karşı ileri sürebilirse de, söz konusu hak düşürücü süre geçtikten sonra üçüncü kişilere karşı ipotek hakkını kullanabilmesi tapu siciline tescil ettirmesine bağlıdır. Başka bir anlatımla; bakım alacaklısının, değinilen hak düşürücü süre içerisinde tapuya tescil ettirmediği takdirde yasal ipotek hakkını, muvazaalı temlikler dışında üçüncü kişilere karşı kullanmasında yasal olanak yoktur.

Bu durumda öncelikle bakım borçlusunun sözleşmeyle üstlendiği yükümlülükleri yerine getirip getirmediğinin araştırılması, borcun ifa edildiğinin saptanması halinde davanın reddedilmesi, aksi halde ise davacı isteğinin bakım borçlusu davalı S bakımından tazminata dönüştüğünün kabul edilmesi ve buna göre araştırma yapılarak gerekli hükmün kurulması gerekirken, anılan hususlar gözardı edilmek suretiyle yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir. Davacının temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle, hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi uyarınca BOZULMASINA, peşin alınan harcın temyiz edene iade edilmesine, 20.10.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/11062 K: 2005/13623 T: 6.10.2005****BOŞANMADA MADDİ TAZMİNATIN KOŞULLARI***(TMK. m. 174/1, 186)*

Özet: *Boşanma yüzünden zarara uğrayan kusursuz ya da daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceği yasada öngörülmüştür.*

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm tazminatlar ve yoksulluk nafakası yönünden temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davalının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz ya da daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini, 186. maddesi, evi birlikte seçeceklerini, birliğin giderlerine güçleri oranlarında emek ve mal varlıkları ile katılacaklarını öngörmüştür. Toplanan delillerden boşanmaya sebep olan olaylarda maddi tazminat isteyen eşin diğerinden daha ziyade kusurlu olmadığı anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi (MK. Md. 4, BK. md. 42 ve 44) dikkate alınarak davalı kadın yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün 2. bentte gösterilen nedenlerle BOZULMASINA, sair temyiz itirazlarının 1. bentte gösterilen nedenle ONANMASINA temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 06.10.2005

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/11495 K: 2005/14070 T: 13.10.2005****BOŞANMANIN KOŞULLARI • KANITLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ***(MK. m. 134-2)*

Özet: Boşanma kararı verilebilmesi için, evlilik birliğinin müşterek hayatın sürdürülmesine olanak vermeyecek ölçüde temelinden sarsılmış olması gerekir.

Bu durum, inandırıcı ve ikna edici delillerle kanıtlanmalıdır.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

4722 sayılı kanunun 1. maddesi hükmü de dikkate alındığında olaya 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi hükümlerinin uygulanması gerekir.

Davacı tanık beyanlarında geçen olaylardan sonra evlilik birliği devam etmiştir. Terk hukuki nedenine dayalı bir davada bulunmamaktadır.

Medeni Kanunun 134/1 -2. maddesi uyarınca; Boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin, müşterek hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığının sabit olması gerekir. Oysa dinlenen davacının tanıklarının sözlerinin bir kısmı Medeni Kanunun 134/1 maddesinde yer alan temelinden sarsılma durumunu kabule elverişli olmayan beyanlar olup, bir kısmı ise, sebep ve saiki açıklanmayan ve inandırıcı olmaktan uzak izahlardan ibarettir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin takdirinde hataya düşülerek yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın gösterilen nedenlerle BOZULMASINA, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 13.10.2005

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/11077 K: 2005/13636 T: 6.10.2005****BOŞANMADA MADDİ TAZMİNAT • EŞYA İADE DAVASI
• YOKSULLUK NAFAKASI***(TMK. m. 175)*

Özet: Boşanmada tarafların eşit kusuru olması durumunda tazminattan söz edilemez.

Harcı verilerek usulüne uygun biçimde açılmış bir eşya iadesi davası olmadığına göre, bu konudaki istemin reddedilmesi gerekir.

Boşanma nedeniyle yoksulluğa düşeceği anlaşılan kadına yoksulluk nafakası bağlanması gerekir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm tazminatlar ve nafakalardan temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle boşanmaya neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu bulunmasına, davacı tarafından harcı verilerek usulüne uygun olarak açılmış bir eşya iadesi davası bulunmamasına göre davacı kadının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2- Toplanan delillerden davacı kadının boşanma nedeniyle yoksulluğa düşeceği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 175. maddesi koşulları davacı yararına oluşmuştur. Davacı kadın lehine uygun miktar yoksulluk nafakası, takdiri gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün 2. bentte gösterilen nedenlerle BOZULMASINA, sair temyiz itirazlarının 1. bentte gösterilen nedenlerle ONANMASINA, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, iş bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 06.10.2005

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ**E: 2003/14751 K: 2003/14668 T: 22.12.2003****ECRİMİSİLİN HUKUKİ NİTELİĞİ****• MİKTAR BELİRLENMESİNDE İZLENECEK YÖNTEM**

Özet: *Ecrimisil, kötünîyetli şagilin ödemekle yükümlü olduğu tazminatın, en azı kira geliri, en çoğu ise tam gelir yoksulluğudur.*

Kira geliri üzerinden ecrimisil belirlenmesinde, önceki dönemin ecrimisil miktarına Toptan Eşya Fiyat Endeksinin tamamı yansıtılmak suretiyle bulunacak miktardan az olmamak üzere hesaplanan ecrimisilin karar altına alınması gerekir.

Bundan ayrı olarak da; Vakıflar, Belediye ve Hazine gibi kamu kurum ve kuruluşlarının davalısı ile birlikte paydaş oldukları taşınmazlara ait ecrimisil istemlerinde onlar için intifadan men koşulu aranmayacağından, davaya konu edilen taşınmaza ilişkin olarak intifadan men şartının 23.10.2001 tarihinde gerçekleştiğinden bahisle bu tarihten başlayarak ecrimisil hesaplanması da doğru görülmüştür.^()*

Dava dilekçesinde 5.244.000.000 lira ecrimisilin faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü ve kısmen reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Davacı idare, tapulu taşınmazını işgal eden davalıdan 1.1.1997-31.12.2001 tarihleri arasındaki dönem için 5.244.000.000 lira ecrimisilin yasal faizi ile birlikte tahsilini istemiş, mahkemece, kısmen kabulü cihe-

(*) Gönderen: Av. Bayram ASLAN

tine gidilmiş, hüküm süresinde davacı idare vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hükme dayanak yapılan bilirkişi raporu incelendiğinde, 1997 yılı için aylık 12.000.000 lira, 1998 yılı için aylık 17.000.000 lira, 1999 yılı için aylık 25.000.000 lira, 2000 yılı için aylık 32.000.000 lira ve 2001 yılı için aylık 40.000.000 lira ecrimisil bedeli belirlendiği görülmüştür. Bu duruma göre bilirkişi tarafından 1997 ve devam eden yıllarda Toptan Eşya Fiyat Endeksinin altında artış ile hesaplama yapıldığı anlaşılmaktadır.

Ecrimisil, kötüniyetli şağilin ödemekle yükümlü olduğu tazminat olup, en azı kira geliri, en çoğu ise tam gelir yoksunluğudur.

Kira geliri üzerinden ecrimisil belirlenmesinde önceki dönemin ecrimisil miktarına Toptan Eşya Fiyat Endeksinin tamamı yansıtılmak suretiyle bulunacak miktardan az olmamak üzere hesaplanan ecrimisilin karar altına alınması gerekir.

Bundan ayrı olarak da Vakıflar, Belediye ve Hazine gibi kamu kurum ve kuruluşlarının davalısı ile birlikte paydaş oldukları taşınmazlara ait ecrimisil istemlerinde onlar için intifadan men koşulu aranmayacağından, davaya konu edilen taşınmaza ilişkin olarak intifadan men şartının 23.10.2001 tarihinde gerçekleştiğinden bahisle bu tarihten başlayarak ecrimisil hesaplanması doğru görülmemiştir.

O halde mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda yeniden bilirkişi raporu alınmak suretiyle uygun sonuca göre karar verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ve eksik inceleme ile davanın kısmen reddi cihetine gidilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 22.12.2003 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/14817 K: 2005/25 T: 24.1.2005****ECRİMİSİL • İSTEMLE BAĞLILIK İLKESİ***(HUMK. m. 74)*

Özet: Davada, davacı idare adına kayıtlı 3056 ada 1 parselin haksız işgal nedeniyle ecrimisil istenilmiş; mahkemece, davalının fiilen işgal ettiği saptanan 3528 ada 1 parsel ile ilişkin hüküm kurulmuştur.

Oysa davacı taraf açıkça ve ısrarla dava konusu olan taşınmazın 3056 ada 1 parsel olduğunu belirttiğine göre dava konusu edilmeyen taşınmazın haksız işgali saptanarak ecrimisile hükmedilmesi doğru görülmemiştir. (HUMK. m. 74)^(*)

Dava dilekçesinde 1.750.000.000 lira ecrimisilin faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

HUMK'un 438. maddesi uyarınca uyumsuzluğa konu miktar itibariyle duruşma isteminin reddi gerekmiştir.

Davada, davacı idare adına kayıtlı 3056 ada 1 parselin haksız işgali nedeniyle ecrimisil istenilmiş; mahkemece, davalının fiilen işgal ettiği fes-bit edilen 3528 ada 1 parsel'e ilişkin hüküm kurulmuştur.

Oysa davacı taraf açıkça ve ısrarla dava konusu olan taşınmazın 3056 ada 1 parsel olduğunu belirttiğine göre dava konusu edilmeyen taşınmazın haksız işgali saptanarak ecrimisile hükmedilmesi doğru görülmemiştir. (HUMK md.74).

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 24.1.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Av. Bayram ASLAN

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/11201 K: 2005/9613 T: 21.9.2005****YIKIM KARARINI UYGULAMAYAN KAMU GÖREVLİSİ
• SOYUT RÜŞVET SAVI • KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI**

Özet: *Bulunduğu makam ve üstlendiği görev gereği uygulamakla yükümlü olduğu yıkım kararlarını uygulamayan davacıya karşı "rüşvet aldılar" sözcüklerinin söylenmiş olması, somut olarak rüşvet alındığını değil, yapması gereken işi yapmamasının ancak rüşvet karşılığı olabileceği anlamında olup, kişilik haklarına saldırı olarak kabul edilemez.*

Esasen, yıkım kararlarını uygulamayan davacının kendi eylemleriyle bu sözlerin söylenmesine neden olduğu anlaşılmaktadır.

Davacı RS vekili Av. ÜC ile Av. İC tarafından, davalı EO aleyhine 20/2/2003 gününde verilen dilekçe ile haksız eylem nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesinin istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece istemin kısmen kabulüne dair verilen 10.6.2004 günlü kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak incelenmesi davalı tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 20.09.2005 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalı asil EO ile karşı taraftan davacı vekili Av. İC geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, haksız şikayet nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece istemin bir bölümü hüküm altına alınmıştır. Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Boğaziçi İmar Müdürlüğü Müdür Yardımcısı olarak görev yapmaktadır. Davacının denetimi altında bulunan yerlerde pek çok kaçak yapı bulunduğu, davacının gereken işlemleri yapmadığı, verilen kararları uygulamadığı, bunun üzerine davalı-

nın davacıyı şikayet ettiği, şikayet dilekçesinde somut olaylardan söz ederek davacının rüşvet aldığını ve bu nedenle görevini ihmal ettiğini bildirmiştir.

Gerçekten de davacı hakkında 5, 6, 7, 8 nolu villalar ile bunlara giden yolun projeye aykırı olarak yapıldığı ve bunlara göz yumulduğu, görevi ihmal nedeniyle 27.11.2002 gününde İstanbul Valiliği tarafından soruşturma izni verildiği; 13.03.2003 ve 27.11.2002 günlerinde valilikçe verilen yıkım kararlarını uygulamaması ve proje harici yapılaşmalar tespit edildiği halde işlem yapmaması nedeniyle verilen soruşturma izinlerine itirazların İstanbul Bölge İdare Mahkemesi tarafından reddedildiği, davacı hakkında Sarıyer Asliye Ceza Mahkemesinin 2003/692 Esas sayılı ceza davası açıldığı; İl İdare Kurulunun 23.12.1998 günlü karar ile şikayet konusu 5 ve 7 sayılı parsellerle ilgin imar mevzuatına aykırı olarak yapılan değişiklik ve eklentilerin yıkılmasına ilişkin yıkım kararlarını uygulamadığı için lüzumu muhakeme kararı verildiği ancak, daha sonra Danıştay tarafından 4616 sayılı Yasa gereğince dava açılmasının ertelenmesine karar verildiği anlaşılmıştır.

Davalı, davacı hakkında yazdığı şikayet dilekçeleri nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanıp cezalandırılmamışsa da hakkında verilen kararın 4616 sayılı Yasa gereğince ertelendiği anlaşılmaktadır. Şu haliyle davalı hakkında bir hükümlülük kararı bulunmamaktadır. Diğer bir anlamıyla, davacının şikayet edilmesinde davalının hukuka aykırı bir eylemi bulunduğundan söz edilemez.

Şu durumda davalı, davacı için "rüşvet aldılar" biçimindeki eylemi ile davacının somut olarak rüşvet aldığını değil, yapması gereken işi yapmamasının ancak rüşvet karşılığı olabileceğini kastetmiştir. Yıkım kararlarını uygulamayan davacının kendi eylemleri ile bu sözlerin söylenmesine neden olduğu anlaşılmaktadır.

Yerel mahkemece yukarıda açıklanan yönler gözetilerek istemin tümü reddedilmesi gerektiğinin gözetilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 20.9.2005 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARSI OY YAZISI

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması gerektiği görüşünde olduğumuzdan çoğunluğun bozma kararma katılamıyoruz. 20/9/2005

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/9120 K: 2005/9863 T: 26.9.2005****KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA • ARSA NİTELİĞİNDE TAŞINMAZ
• DEĞER SAPTANMASI**

Özet: Kamulaştırmасız elatmada taşınmazın arsa niteliğinde olduğunun gözetilerek emsal karşılaştırılması yapılması ve değerin bu şekilde saptanması yöntemine uygundur.

İlk bilirkişi raporu yasa hükümlerine aykırı değil ise tekrar bilirkişi incelemesi yapılmasına gerek yoktur.

Taraflar arasındaki kamulaştırmасız el atılan taşınmaz bedelini tahsil davasından dolayı yapılan yargılama sonunda: Davanın kısmen kabulüne dair verilen yukarıda gün ve sayıları yazılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davalı idare vekili yönünden verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, kamulaştırmасız el atılan taşınmaz bedelinin tahsil istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Bilirkişi incelemeleri yaptırılmıştır. Taşınmazın arsa vasfına kabulü ile emsal karşılaştırması yapılarak, değerinin tespit edilmesi yöntem itibarıyla yasa hükümlerine uygundur. Ancak;

Kamulaştırmасız el atma davalarında alınan ilk bilirkişi rapor yasa hükümlerine aykırı değil ise bu rapor doğrultusunda kara verilmesi gerekir. Mahkemece yapılan keşif sonucu ilk bilirkişi kurulunun dosyaya sunduğu raporun gerekçesi gösterilerek geçersizliğine karar verilmediği halde ikinci ve üçüncü bilirkişi kurulu raporu doğrultusunda fazla bedelle karar verilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Davalı idare vekilinin temyiz itirazları yerinde görüldüğünden hükmün açıklanan nedenle HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde ödeyene geri verilmesine 26.09.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2002/7929 K: 2002/8223 T: 24.12.2002****KAYYIM TAYİNİ • HARÇTAN MUAFİYET KURALI***(3561 SK. m. 2)*

Özet: 3561 sayılı Kanununun 2. maddesinde sözü edilen “harçtan muafiyet” kuralı, kayyım tayin edilen mal memurunun doğrudan hazinenin hak ve menfaatini ilgilendiren işlemleri hakkında söz konusudur. Hazinenin kendi mülkiyet hakkına dayanarak taraf olduğu davalarla 3561 sayılı Kanundan doğan nedenlerle bir başkasını temsilen taraf olduğu davaları birbirinden ayrı tutmak gerektiğinden ve bu ortaklığın giderilmesi davasında hazine taraf olmadığından, temsil edilen paydaşların payına düşen satış bedeli üzerinden %09 oranında harcın tahsili gerekir.^(*)

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı ortaklığın giderilmesi davasına dair karar davalılardan İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğü tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava bir adet taşınmazın ortaklığının giderilmesine ilişkindir. Mahkemece satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmiş, hükmü davalılardan İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğü vekili temyiz etmiştir.

Davacı vekili, Beyoğlu, Sötlüce Mahallesi 2751 ada 5 parsel sayılı taşınmazın taraflar arasında müşterek olduğunu, anlaşma ile aynen taksimi mümkün olmayan taşınmazın satılarak ortaklığının giderilmesini talep etmiştir.

Paydaşlardan A. oğlu İ ile S kızı H. bulunamadığından kendilerine 3561 sayılı kanun uyarınca İstanbul Defterdarı Kadir Boy kayyım olarak atanmış ve yargılama da vekili vasıtasıyla temsil edilmiştir.

Dava konusu edilen ve satışına karar verilen 2751 ada 5 parsel numaralı taşınmaz tapuda 80/371 SB Vakfı, 15/371 İ.-15/371 H, 1044/4176 NH, 783/4176 CH, 785/4176 VHH, 783/4176 SH, 783/4176

(*) Gönderen: Av. Bayram ASLAN

RH adlarına kayıtlı olup, tetkikinde pay ve paydanın birbirini tutmadığı görülmüştür. Öncelikle bu husus üzerinde durularak yanlışlığın nereden kaynaklandığının araştırılması, gerekirse tapuda düzeltme davası açmak üzere ilgisine süre verilmesi ve sonucunu gözetir hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ile satış karar verilmesi hatalı olduğu gibi;

3561 sayılı kanunun 2. maddesinde sözü edilen "*harçtan muafiyet*" kuralı, kayyım tayin edilen mal memurunun doğrudan hazinenin hak ve menfaatinin ilgilendiren işlemleri hakkında söz konusudur. Hazinenin kendi mülkiyet hakkına dayanarak taraf olduğu davalarla 3561 Sayılı Kanundan doğan nedenlerle bir başkasını temsilen taraf olduğu davaları birbirinden ayrı tutmak gerekir. Hal böyle olunca davamızın niteliği de nazara alındığında harcın yükümlüsü yargı harcı" bağışıklığı bulunmayan paydaş olduğundan, satış bedeli üzerinden % 09 oranında hesaplanacak harcın davanın tarafı olup, doğrudan yasal muafiyeti bulunmayan paydaşlardan payları oranında tahsiline karar vermek gerekirken, kayyım ile temsil edilen hissedarlar hariç tutularak, harcın diğer hissedarlardan payları oranında tahsiline karar verilmesi de hatalı olmuştur.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozma nedenine göre sair hususların incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine 24.12.2002 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2003/8327 K: 2003/8427 T: 17.11.2003****ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ • TAŞINMAZDA BULUNAN YAPININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Özet: Ortaklığın giderilmesi davasında yapılan keşif sonucunda: Tapuda kayıtlı ahşap evin yıkıldığı, yerine parselin tamamına oturur şekilde 3 normal ve çatı arası kattan oluşan, bitişik nizam betonarme karkas bina yapıldığı, son katın (kaçak ve projeye bağlanmasının mümkün bulunmadığı) anlaşılacakla; binanın kaçak ve ruhsatsız yapılan kısmının ana taşınmaz üzerinde ne şekilde bir artış meydana getirdiğinin araştırılması, sonucuna göre karar verilmesi gerekir.^(*)

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı paylaşma davasına dair karar davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, bir adet taşınmazın paylaşılmasına ilişkindir. Mahkemece oran da kurulmak suretiyle taşınmazın satışına karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, dava dilekçesinde, dava konusu edilen 8 parsel No'lu taşınmaza tarafların birlikte malik olduğunu, taşınmazın taraflar arasında anlaşma yolu ile paylaşamadığını, taşınmaz üzerindeki binanın da müvekkiline ait olduğunu belirterek, taşınmazın satışına karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, taşınmaz üzerindeki tapuda belirtilen ahşap evin yıkılarak, yerine betonarme tarzda ruhsatsız ve kaçak iki katlı bina yapıldığını, bunun mahkemece değerlendirmeye alınmamasını savunmuştur.

Satış yoluyla paylaşılması istenen taşınmaz üzerinde bina, ağaç vs. gibi bütünleyici parça bulunuyorsa ve bunların bir kısım paydaşlara aidiyetine ilişkin tapuda şerh varsa veya bu hususta tüm paydaşlar ittifak ediyorlarsa ve bütünleyici parça ana taşınmazın değerinde bir artış öngörüyorsa, o takdirde oran kurulması ve satış parasının bu oran esas alınarak dağıtılması gerekir. Oran kurulurken arzın ve bütünleyici parçaların değeri dava tarihi itibarıyla ayrı ayrı belirlenir. Bu değerler toplanarak taşınmazın tüm değeri saptanır. Bulunan bu toplam değer in yüzde ne ka-

(*) Gönderen: Av. Bayram ASLAN

darının arza. ne kadarının bütünleyici parçaya isabet ettiği hesap edilir. Satış sırasında elde edilecek bedelin bölüştürülmesi de bu esaslara göre yapılır. Bütünleyici parçalara isabet eden kısmın sadece bütünleyici parça sahiplerine, arza isabet eden kısmın da payları oranında tüm paydaşlara verilmesi icap eder.

Olayımızda; yapılan keşifler sonucu tapuda kayıtlı ahşap evin yıkıldığı ve yerine parselin tamamına oturur şekilde kısmi bodrum, zemin, üç normal kat ve çatı arası kattan oluşan bitişik nizam betonarme karkas bina yapıldığı saptanmıştır. Bilirkişiler de, taşınmaza ilişkin 1.4.1985 tarihli projenin ruhsata aykırı tatbik edildiğini, son katın kaçak olarak yapıldığını, bu haliyle imar mevzuatına aykırı olduğunu, projeye bağlanmasının mümkün olamayacağını belirtmişlerdir. Mahkemece bu durumda binanın kaçak ve ruhsatsız yapılan kısmın ana taşınmaz üzerinde ne şekilde bir artış meydana getirdiği tartışılmadan yazılı şekilde dağıtım kararı verilmesi doğru olmadığı gibi, Harçlar Kanununun mükerrer 138. maddesinin sonuna eklenen fıkra ve 28.12.2002 günlü resmi gazetede yayımlanan tarife gereğince, taşınmazın satış bedeli üzerinden alınacak harcın oranı belirtilmesi gerekirken herhangi bir harç oranı belirtilmeden yasal harcın alınmasına hükmedilmesi de hatalı görüldüğünden hükmün bozulması gerekmiştir

SONUÇ: Yukanda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine. 17.11.2003 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E. 2004/1468 K. 2004/1618 T. 9.3.2004****KİRA ARTIŞ ORANI • KOŞULUN AÇIK VE BELİRLİ OLMASI**

6570/m. 1

ÖZET: Kira sözleşmesinde yer alan "yıllık enflasyon artış oranı kadar artış yapılarak kiralayana ödenecek-tir" biçimi-mindteki artış koşulu belirli ve açık bir koşul olmadığından kira parasının aynı miktarda devam ettiği kabul edilmelidir

DAVA : Mercii verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı karar alacaklı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR : Dayanak kira sözleşmesi 1.4.2000 başlangıç tarihli ve üç yıl süreli-dir. Kira sözleşmesinde ilk yıl kirası aylık 250.000.000.TL olarak belirlenmiş ve peşin ödeneceği kararlaştırılmıştır. Kira sözleşmesinin özel şartlar bölümünün dördüncü maddesinde ikinci yıl kira bedeli 1.4.2001 tarihinden itibaren stopaj hariç aylık 450.000.000.TL olarak kiralayana ödenecektir. 1.4.2002 tarihinden itibaren aylık kira bedeli 450.000.000.TL.sına yıllık enflasyon artış oranı kadar artış yapılarak kiralayana ödenecektir hükmüne yer verilmiştir.

Kira sözleşmesindeki artış şartının belli ve muayyen olduğu kabul edilemez. Buna göre takibe konu yılın kirasının aylık 450.000.000.TL olduğunun kabulü gerekir. İtirazın kaldırılmasına karar verilirken bu miktarın esas alınması gerekirken bundan zühul edilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir. Karar bu nedenle bozulmalıdır

SONUÇ : Mercii kararının yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA ve istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine 9.3.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/5077 K: 2004/5131 T: 22.6.2004****ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI • TAŞINMAZ ÜZERİNDE BİNA,
AĞAÇ GİBİ BÜTÜNLEYİCİ PARÇA BULUNMASI
• SATIŞ BEDELİNİN PAYLAŞIMI**

Özet: Satış yoluyla paylaştırılması istenilen taşınmaz üzerinde bina, ağaç vs. gibi bütünleyici parça bulunuyorsa ve bunların da bir kısım paydaşlara aidiyetine ilişkin olarak tapuda şerh varsa veya bu hususta tüm paydaşlar ittifak ediyorsa ve bütünleyici parça ana taşınmazın değerinde bir artış öngörüyorsa, o takdirde oran kurulması ve satış parasının bu oranı esas alınarak dağıtılması gerekir. Oran kurulurken arzun ve bütünleyici parçaların değeri ayrı ayrı belirlenir. Bu değerler toplanarak taşınmazın tüm değeri saptanır. Bulunan bu toplam değer yüzde ne kadarının arza, ne kadarının bütünleyici parçaya isabet ettiği hesaplanır. Bütünleyici parçalara isabet eden kısmın sadece bütünleyici parça sahiplerine, arza isabet eden kısmın da payları oranında tüm paydaşlara verilmesi gerekir.^(*)

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı paydaşlığın giderilmesi davasına dair karar kayyım tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, bir adet taşınmazın paydaşlığının giderilmesi isteğine ilişkindir. Mahkeme satış kararı vermiş, hüküm davalılar kayyımı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya kapsamına, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçelere göre temyiz eden davalılar kayyumunun aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Satış yoluyla paylaştırılması istenilen taşınmaz üzerinde bina, ağaç vs. gibi bütünleyici parça bulunuyorsa ve bunların da bir kısım paydaşlara aidiyetine ilişkin olarak tapu da şerh varsa veya bu hususta tüm paydaşlar ittifak ediyorsa ve bütünleyici parça ana taşınmazın değeri

(*) Gönderen: Av. Bayram ASLAN

rinde bir artış öngörüyorsa o takdirde oran kurulması ve satış parasının bu oran esas alınarak dağıtılması gerekir. Oran kurulurken arzın ve bütünleyici parçaların değeri ayrı ayrı belirlenir. Bu değerler toplanarak taşınmazın tüm değeri saptanır. Bulunan bu toplam değer yüzde ne kadarının arza, ne kadarının bütünleyici parçaya isabet ettiği hesap edilir. Satış sırasında elde edilecek bedelin bölüştürülmesi de bu esaslara göre yapılır. Bütünleyici parçalara isabet eden kısmın sadece bütünleyici parça sahiplerine, arza isabet eden kısmın da paylan oranında tüm paydaşlara verilmesi icap eder.

Olayımızda; mahallinde yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda belirtilen taşınmazın üzerindeki tek katlı gecekondun niteliğindeki binanın ana taşınmazın değerinde bir artış meydana getirip getirmediği, artış meydana getiriyorsa nedenleri açıklanmamıştır. Bilirkişi marifetiyle hususların tespit edilmesi, bina ana taşınmazın değerinde bir artış öngörüyorsa o takdirde bu artış dikkate alınarak yukarıda açıklandığı şekilde oran kurulması ve satış bedelinin ona göre dağıtılması gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda ikinci bentte yazılı nedenle hükmün BOZULMASINA, 22.6.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ**E. 2004/5911 K. 2004/6354 T. 21.9.2004****DİE BAŞKANLIĞINCA YAYINLANAN ENDEKS
• 12 AYLIK TEFİ DEĞİŞİM ORANLARI • SÖZLEŞMEDEKİ ARTIŞ
KOŞULUNUN YANLARI BAĞLAYACAĞI KURALI**

(6570/m. 11)

Özet: Kira sözleşmesinde her yılın hitamında en son ödenen kira bedeline DİE Başkanlığınca yayınlanmakta olan 1987-100 temel yıllık TEFİ'de yer alan 12 aylık TEFİ değişim oranı uygulanarak kira artışı yapılacağı yazılıdır. Bu artış oranı belli ve muayyendir. Kira sözleşmesi halen ayakta olduğuna göre sözleşmenin kira artışını düzenleyen özel hükmü tarafları bağlar. Bir dönem kira bedelinin mahkeme kararı ile tespit edilmesi sözleşmedeki artış şartını ortadan kaldırmaz. Uyuşmazlığın, kira sözleşmesi 6570 Sayılı Yasanın 11. maddesi uyarınca her yıl aynı şartlarla yenilenerek devam ettiğine göre sözleşme ve 4531 Sayılı Yasa hükümleri dikkate alınarak çözümlenmesi gerekir.

DAVA : Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı itirazın iptali davasına dair kararın temyiz incelemesi duruşmalı olarak davacı tarafından süresi içinde istenilmekle, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR : Dava icra takibine itirazın iptali isteğine ilişkindir. Mahkeme davayı reddetmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, davalı kiracının 5.10.1994 başlangıç tarihli ve üç yıl süreli kira sözleşmesi ile kiracı olduğu yerin 5.10.1998-5.10.1999 dönemi aylık kira bedelinin kesinleşen kira tesbit kararı ile 259.419.600 TL, 5.10.1999-5.10.2000 dönemi aylık kira bedelinin sözleşmede kararlaştırılan artış oranına göre 461.170.000 TL, 5.10.2000-5.10.2001 döneminde 4531 Sayılı Yasa gereği %25 artırımla 576.560.060 TL, 5.10.2001-5.10.2002 döneminde 4531 Sayılı Yasa gereği % 10 artırımla 634.216.066 TL. olduğu halde eksik ödenmesi sebebiyle, 1.8.2002 tarihinde başlattığı icra takibi ile 5.7.1999 tarihinden 5.1.2002 tarihine kadarki kira farklarının tahsilini istemiştir. Borçlu kiracı süresinde yaptığı kısmi itirazında kesinleşen mahkeme kararıyla aylık kira bedelinin 259.500.000 TL. olduğunu, bu miktar üzerinden birikmiş kira bedelleri

olan 3.452.000.000 TL. kira farkı borcunu kabul ettiğini bildirmiş, kabul ettiği miktarı icra dosyasına ödemiştir. Bu itiraz üzerine davacı açtığı iş bu dava ile icra takibine yapılan itirazın iptali ile takibin devamını istemiştir. Davalılar yargılamaya gelmemişlerdir.

Taraflar arasındaki 5.10.1994 başlangıç tarihli ve üç yıl süreli kira sözleşmesinin özel şartlar bölümünün üçüncü maddesinde, kira süresi sözleşmenin noterdeki tasdik tarihinden başlamak üzere ilk dönem için üç yıldır. Bu süre içindeki her yılın hitamında en son ödenen kira bedeline DiE Başkanlığınca yayınlanmakta olan 1987-100 temel yıllık TEFE'nde yer alan 12 aylık TEFE değişim oranı uygulanarak kira artışı yapılacağı yazılıdır. Bu artış oranı belli ve muayyendir. Kira sözleşmesi halen ayakta olduğuna göre sözleşmenin kira artışını düzenleyen özel hükmü tarafları bağlar. 5.10.1998-5.10.1999 dönemi kira bedelinin mahkeme kararı ile tespit edilmesi sözleşmedeki artış şartını ortadan kaldırmaz. Uyuşmazlığın, kira sözleşmesi 6570 Sayılı Yasanın 11. maddesi uyarınca her yıl aynı şartlarla yenilenerek devam ettiğine göre sözleşme ve 4531 Sayılı Yasa hükümleri dikkate alınarak çözümlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenle hükmün BOZULMASINA, Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davacı yararına takdir edilen 375.000.000 TL. vekalet ücretinin davalıdan alınıp, davacıya verilmesine, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 21.9.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ**E: 2003/2233 K: 2003/2670 T: 29.9.2003****ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI • TAŞINMAZ ÜZERİNDE BİNA
BULUNMASI • AİDİYETİN TESPİTİ DAVASI***(3561 SK. m. 13/j)*

Özet: Ortaklığın giderilmeis davasında, parsel üzerindeki binanın kendisine ait olduğunu iddia eden kişinin bu mülkiyet hakkının kabul edilmemesi üzerine açtığı (binanın mülkiyetinin kendisine aidiyetinin tespiti davasında), davalılardan İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğü davanın açılmasına sebebiyet vermediğinden HUMK'un 94/2. maddesi, kayyım ise 3561 sayılı Kanunun 13/J maddesi hükümleri uyarınca harç ve yargılama giderlerinden bağıştır.^(*)

Mülkiyetin tespiti istemiyle açılan davada mahkemece verilen karar davalılar tarafından incelenmesi istenilmekle temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşılmakla dosya incelendi. Dosyadaki belgeler okundu. Tetkik hakiminin açıklamaları dinlendi. Gereği görüldü.

Davacı MB izale-i şüyü davası açtığını, 2914 ada 28 parsel üzerinde bulunan binanın kendisine ait olduğuna itiraz edildiğini bu nedenle 28 nolu parsel üzerindeki binanın kendisine ait olduğunun tespiti için dava açmıştır. Mahkemece davanın kabulü ile 2914 ada 28 nolu parsel üzerindeki binanın davacıya aidiyetine, davacı tarafından yapıldığının tespitine karar verilmiş, hüküm davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davalıların temyiz itirazları harç, masraf ve ücreti vekaletle ilişkindir. Kural olarak davaya sebebiyet vermeyen taraflara, bir başka deyişle yasal hasım aleyhine masraf ve ücreti vekalet yüklenemez. Olayımızda İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğü'nce verilen cevap layıhasında mülkiyet iddiasında bulunulmadığı da belirtilmiştir. HUMK'un 94/2 maddesi uyarınca ilk oturumda adı geçen idare tarafından dava kabul edildiğine göre, davalıdan harç ve yargılama masrafı alınamayacağı kuşkusuzdur. Kayyım ile ilgili olarak gerek yukarıdaki gerekçe ve gerekse 3561 sayılı yasa

(*) Gönderen: Av. Bayram ASLAN

ve harçlar kanununun 13/J maddesi gereğince kayyım harçtan muaftır. Hal böyle olunca harç ve mahkeme masraflarının davacı uhdesinde bırakılmasına karar verilmesi ve davacı taraf yararına ücreti vekâlete hükmedilmemesi gerekir. Mahkemece aksine düşünceyle bu yolda karar verilmiş olması isabetsizdir. Bu nedenlerle davalıların temyiz itirazları yerinde olup kabulü gerekmiştir. Nevar ki, bu husus yeniden yargılamayı gerektirmeyeceğinden hüküm fıkrasının 2, 3 ve 4 numaralı bentlerinde yazılı "216.000.000.-TL hüküm harcından peşin alman 54.000.000.-TL harcın mahsubu ile bakiye 162.000.000.-TL harcın davalılardan tahsiline, -davacı tarafından yapılan 200.000.000.- lira yargılama giderinin davalılardan tahsili ile davacıya ödenmesine, -takdire 380.000.000.- lira nispi vekalet ücretinin davalılardan tahsili ile davacıya ödenmesine" sözlerinin hükümden çıkartılmasına, yerine "peşin harcın mahsubu ile bakiye 162.000.000.-TL harcın davacıdan tahsiline, -Yargılama giderlerinin davacı taraf uhdesinde bırakılmasına, -davalılarca davaya sebebiyet verilmediğinden davacı taraf yararına vekalet ücreti takdirine yer olmadığına" sözlerinin yazılmasına, hükmün düzeltilen bu şekli ile ONANMASINA-davalı Vakıf tarafından yatırılan temyiz harcının talep halinde iadesine, 29.09.2003 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Ortaklığın giderilmesi davasında 16.7.2002 tarihli oturumda kayyım vekili dava konusu binanın davacıya ait olmadığını bildirmiş, mülkiyetin tespiti davası açmasını istemiştir. Bu durumda kayyım vekili bu davanın açılmasına açıkça neden olmuş ve bu davanın görülmesi sırasında hiçbir oturumda davayı kabul etmemiştir. Davalı Vakıflar vekili ortaklığın giderilmesi davasında binanın davacıya ait olduğunu açıkça kabul etmemiş, bu davanın görülmesi sırasında 28.11.2002 tarihli oturumda davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Davaya açıkça kabul ettiğine dair hiçbir beyanı olmamıştır. Bu durum karşısında yargılama gideri ve vekalet ücretinin davalılara yükletilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle hükmün onanmasına karar verilmesi gerekir. Kaldı ki, çoğunluk tarafından yargılama gideri ve vekâlet ücreti hakkındaki hüküm fıkraları kaldırılmak suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmiş ise de bu görüşte de isabet bulunmamaktadır. Bu aşamada çoğunluğun hükmün bozulmasına karar vermesi gerekir. Zira kararlar hakimın direnme olanağı ortadan kaldırılmış olmaktadır. Açıklanan nedenlerle çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/3352 K: 2005/3429 T: 1.11.2005****AİDİYETİN TESPİTİ • TESPİT DAVASININ KOŞULLARI**

Özet: Kural olarak tespit davasının dinlenilmesi için iki koşulun varolması gerekir.

Bunlardan ilki, tespit davasının konusunu oluşturacak bir hukuki ilişkinin söz konusu olmasıdır; maddi vakıaların tespiti dava ya konu olamaz. İkinci koşul ise, söz konusu hukuki ilişkinin tespitinde hukuki yarar bulunmasıdır.

Hukuki yararın varlığının kabul edilmesi için de;

a) Davacının bir hakkının veya hukuki durumunun mevcut bir tehlike ile ciddi biçimde tehdit edilmiş olması,

b) Söz konusu ciddi tehdit nedeniyle davacının hukuki durumunun belirsizlik içinde olması,

c) Davacının hukuken korunma gereksiniminde bulunması ve tespit hükmünün mevcut tehlikeyi ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekir.

Taraflar arasında aidiyetin tespitinden doğan dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca incelenmesi davacı Kamer Kaya tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşılmakla, dosya incelendi, dosyadaki belgeler okundu. Tetkik hakiminin açıklamaları dinlendi. Gereği görüldü:

Davacı KK 3434 ada 1 parsel numarası ile FSM Vakfı adına tapuda kayıtlı 172 m2 yüzölçümündeki arsa niteliğindeki taşınmaz üzerinde bulunan muhtesatların kendisine ait olduğunu öne sürerek Vakıflar İdaresi ile MK'yi hasım göstermek suretiyle dava açmıştır. Mahkemece davanın kısmen kabulüne, 3434 ada 1 parsel sayılı taşınmazın uzman bilirkişi tarafından düzenlenen haritada (A) harfi ile gösterilen bölümü üzerinde bulunan kargir binanın davacıya ait olduğunun tespitine, diğer yapılar ile ilgili taleplerinin reddine karar verilmiş; hüküm davacı KK tarafından temyiz edilmiştir.

İddia ve savunmaya mahkemece toplanıp değerlendirilen deliller ile duruşma tutanaklarına yansıyan bilgi ve belgelere göre dava niteliği ve

içeriği itibariyle 3434 ada 1 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan muhtesatların aidiyetinin tespitine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Saptanan dava niteliği ve dosya içeriğine göre davacı tarafın dava açmakta hukuki yararının bulunmadığı belirlenmiştir. Kural olarak tespit davasının dinlenebilmesi için genel dava şartlarından başka iki özel koşula daha ihtiyaç vardır. Gerçekten sözü edilen ve aşağıda açıklanan koşulların öğretide ve yerleşik Yargıtay uygulamasında "TESPİT DAVASININ KENDİNE ÖZGÜ KOŞULLARI OLARAK NİTELENDİRİLMEKTEDİR"

Sözü edilen özel koşullara gelince;

1- Özel koşulların ilki, tespit davasının konusunu ancak bir hukuki ilişkinin oluşturabileceği tartışmasızdır. Gerçekten, tespit hükmü, hak ve alacakların doğduğu hukuki ilişkinin mevcut olup, olmadığını tespit etmekte olup, miktarları hakkında bir şey içermez. Bu nedenle uygulamada, konusu, yalnızca maddi vakıa yada vakıalar olan tespit davalarının dinlenemeyeceği sonucuna varılmıştır. Kural olarak maddi vakıa ya da vakıalar ancak hukuki bir ilişki ile birlikte tespit davasına konu olabilirler.

2- Davacının sözünü ettiği açık bir anlatımla öne sürdüğü hukuki ilişkinin, mevcut olup olmadığının, hemen tespitinde, hukuki bir yararı bulunmalıdır. Hukuki yarar koşulu, tespit davasını hükme bağlayan tüm yasalarda, öğretide ve uygulamada kararlılıkla aranmaktadır.

Öte yandan, bir hukuki ilişkinin, hemen tespitinde, hukuki yararın varlığının kabul edilebilmesi için, üç koşulun birlikte olması zorunludur. Sözü edilen üç koşulunu hemen açıklamak gerekirse;

A) Davacının bir hakkı veya hukuki durumunun hali hazır bir tehlike ile ciddi biçimde tehdit edilmiş olması ve sözü edilen TEHLİKENİN YAKIN VE TEHDİDİN CİDDİ OLMASI GEREKİR.

B) Bu ciddi tehdit sebebiyle davacının hukuki durumunun tereddüt yada belirsizlik içinde olması, bu hususun davaca için bir zararı meydana getirebilecek nitelikte bulunması gerekir. Tehdit, objektif olarak değerlendirildiğinde, bir zarar doğurabilecek nitelikte olmalıdır.

C) Yalnızca koşulları usulün 237. maddesi hükmünde tanımlanan biçimde kesin hükmün sonuçlarını meydana getiren, cebrî-icraya yetki vermeyen bir başka deyişle icra ve infaz kabiliyeti bulunmayan TESBİT HÜKMÜNÜN BU TEHLİKEYİ ORTADAN KALDIRACAK NİTELİKTE OLMASI ZORUNLU OLDUĞU GİBİ, DAVACININ, HUKUKEN KORUNMA İHTİYA-CI DA HALİ HAZIRDA BULUNMALIDIR. ÖZELLİKLE HUKUKİ YARAR KOŞULU TESPİT DAVASININ AÇILDIĞI GÜNDE MEVCUT OLMALI VE HÜKÜM VERİLDİĞİNDE VARLIĞINI DA SÜRDÜRMESİ ZORUNLUDUR. Açıklanan nedenle davacının, hukuki korunma (*himaye*) ihtiyacını, başka bir vasıta ile tamamen tatmin edebilmesinin, mümkün olduğu hallerde, hu-

kuki ilişkinin mücerret tespitinde, hukuki yararının bulunmadığı bu nedenle tespit davası açamayacağı kuşkusuzdur.

Kural olarak, öğretide ve yerleşik Yargıtay uygulamasında "EDA DAVASI" açılmasının mümkün olduğu hallerde tespit davası açılmasında hukuki bir yararın bulunmadığı kabul edilmiştir.

Sözü edilen kuralın ayırık hali olarak "eda davası" ile elde edilecek tespit hükmünün kapsamı, tespit davası ile elde edilecek tespit hükmünün kapsamından daha dar ise, "eda davası" açılması mümkün olmasına rağmen, eda davasından, bağımsız olarak ayrı bir tespit davası açılabileceği de öğretide ve uygulamada kararlılık kazanmıştır.

Az yukarıda genel dava şartlarından ayırık olmak üzere tespit davasına özgü koşulların mahkemece resen gözetilmesi zorunludur. Bu hukuksal olguların ışığı altında duraksamasız belirtmek gerekirse HUKUKİ YARAR, DAVA KOŞULUDUR.

Az yukarıda saptanan dava niteliğine göre, açıklanan hukuksal olguların ışığı altında somut olaya bakıldığında; Aidiyetinin tespiti istenen muhtesatların üzerinde bulunduğu 3434 ada 1 parsel sayılı taşınmazın tapu kayıt örneğinde aidiyetinin tespiti istenen muhtesatların gösterilmiş olması, özellikle muhtesatların üzerinde bulunduğu 3434 ada 1 parsel sayılı taşınmaz hakkında aidiyetinin tespiti davasının açıldığı günden önce açılan derdest ortaklığın giderilmesi davasının bulunmadığı dikkate alındığında, davacının aidiyetinin tespiti davası açmakta hukuki yararının bulunmadığı kuşkusuzdur. Hal böyle olunca davanın tümünden reddine karar verilmesi gerekirken mahkemece bu olgular gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, hükmün bu nedenle bozulması gerekir ise de temyiz edenin sıfatı dikkate alındığında bu yön bozma sebebi sayılmamıştır. Açıklanan nedenlerle davacı tarafın temyiz itirazlarının reddi ile hükmün ONANMASINA, fazla yatırılan 44.800.000.-TL. (44.80 YTL) harcın istek halinde ilgisine iadesine, 1.11.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/5445 K: 2005/6500 T: 06.10.2005****HARİCİ SATIŞ İLE OLUŞAN ZİLYETLİK NEDENİYLE
TAPU İPTALİ VE TESCİL***(4721/706, 818/213, Tapu K. 26) (İBD 2006/1)*

Özet: Tapulu bir taşınmazın mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmeleri TMK'nın 706. BK'nın 213 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddesi hükümleri uyarınca resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmayacağından geçersiz bir harici satışa dayanılarak iptal ve tescil isteminde bulunulması olanağı yoktur.

SKI ile FK ve FRK aralarındaki tapu iptali, tescil ve alacak, davasının kısmen kabulüne ve kısmen reddine dair Bakırköy 3. Asliye Hukuk Hâkimliğinden verilen 07.09.2004 gün ve 794/312 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacı ve davalılar vekilleri taraflarından süresinde istenilmiş olmakla, dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, harici satış nedeniyle 5440 nolu parselde davalı F adına tapuda kayıtlı olan 4. kat 4 nolu bağımsız bölümün arsa payı oranında hissenin iptali ile vekil edeni adına tapuya tesciline, mümkün olmadığı takdirde ceman 80.000 Alman Markının dava tarihinden itibaren faiziyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar vekili, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur

Mahkemece, tapu iptali ve tescil isteminin reddine, tazminat isteminin kısmen kabulü ile 54.435 Alman Markının davalı F'dan alınarak davacıya verilmesine, davacının davalı F'ye ödediği miktarın dava tarihine kadar işlemiş faizinin 9.400 Alman Markı olduğunun tespiti ile bu miktarın davalı Fatma'dan alınıp davacıya verilmesine, dava tarihi itibarıyla davacının 54.435 Alman Markı anapara, 9.400 Alman Markı işlemiş faizi toplamının 32.638 Euro olduğunun tespitine, 54.435 Alman Markı ana para alacağına dava tarihinden itibaren en yüksek mevduat faizinin yürütülmesine, onarım ve iyileştirme bedeli olarak 1.061.110.000.-TL'nin dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalı Ferhat'tan alınarak

davacıya verilmesine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı vekili ile davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, harici satış ile oluşan ziyetlik nedeniyle tapu iptali ve tescil, mümkün olmadığı takdirde satış bedeli ile yapılan giderlerin tahsili ve tazminat isteğine ilişkindir.

Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verildiğine, dava konusu taşınmaz 5440 parsel nosu ile davalı FK adına tapuda kayıtlı olduğuna, tapulu bir taşınmazın mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin TMK'nın 706, BK'nın 213 ve Tapu Kanununun 26. maddesi hükümleri uyarınca resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olamayacağından geçersiz bir harici satışa dayanılarak iptal ve tescil isteğinde bulunulmasının mümkün bulunmamasına, dosya içeriği ve toplanan delillere göre bu kabil davalarda tarafların verdiklerini geri isteyebilecekleri kuralından hareketle ödendiği kanıtlanmış bulunan satış bedeli ile davacının harici satışa konu taşınmaz bölümüne yapmış olduğu faydalı ve değer artırıcı iyileştirmelerin miktarı uzman bilirkişiye hesaplatılıp belirlendiğine, manevi tazminat koşullarının oluşmadığı, kira bedeline ilişkin davanın derdest oluşu nedeniyle bu konuda karar verilmesine yer olmadığı takdir olunup mahkemece yazılı gerekçe ile açıklandığı şekilde hüküm kurulmuş olmasında herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir.

Davacı vekili ile davalılar vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, aşağıda dökümü yazılı 11,20 YTL onama harcının peşin harçtan mahsubu ile artan 560,80 YTL'nin istek halinde temyiz edenlerden davacıya iadesine ve aşağıda dökümü yazılı 557,00 YTL peşin harem onama harcına mahsubu ile kalan 1672,26 YTL'nin temyiz edenlerden davalılardan alınmasına 06.10.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/25376 K: 2005/29266 T: 12.9.2005****YILLIK İZİN ÜCRETİNE UYGULANACAK FAİZ***(4857 S İş K. m. 34)*

Özet: *Yıllık izin ücretine yasal faiz uygulanması gerekir; en yüksek banka mevduat faizi uygulanması hatalıdır.^(*)*

Yerel mahkeme isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Yıllık ücretli izin alacağı yasadan kaynaklandığından ve bu konuda ücret alacağı gibi açık düzenlemeye İş Kanununda yer verilmediğinden yasal faiz yerine en yüksek banka mevduat faizi uygulanması hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.9.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

(*) Gönderen: Halil AKDEMİR "İstanbul 7. İş Mahkemesi Yargıcı"

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/3314 K: 2005/32806 T: 10.10.2005**

FAZLA MESAI YAPILDIĞININ KANITLANMASI YÜKÜMÜ
• FAZLA MESAI ÜCRETİ ÖDEMESİNİN YAZILI KANITLA
KANITLANMASI GEREĞİ
(4857 S. K. m. 41, 32)

***Özet:**HUMK 288 ve devamı maddelerine göre davalı işveren fazla mesai ücret ödemelerini yazılı delille kanıtlamalıdır.*

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı ile yıllık izin, fazla mesai ücreti ve hafta tatili paralarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı tarafın tüm temyiz itirazlarının reddine,

2. Davacının temyiz itirazlarına gelince;

Uyuşmazlık davacı işçinin fazla mesai yapıp yapmadığı ve yapılması halinde fazla mesai ücretinin ödenip ödenmediği konusunda toplanmaktadır.

Dosya içeriğindeki gerek davacı tanıkları gerek davalı tanıkları fazla mesai yapıldığı konusunda birleşmektedirler.

Tanıklar fazla mesai ücretinin ödendiğini ifade etmişlerdir. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 288 ve devamı maddelerine göre davalı işveren fazla mesai ücret ödemelerini yazılı delille kanıtlamalıdır. Kaldı ki davalının ödeme iddiası bulunmamaktadır.

Şu durumda mahkemece yapılacak iş taraf tanıkları dikkate alınarak, gerektiğinde bilirkişiden ek rapor alarak fazla mesai ücretini tespit edip hüküm altına almaktır. Yazılı şekilde söz konusu alacağın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alman temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.10.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/11079 K: 2005/33074 T: 11.10.2005****İŞYERİ DEVRİ • İŞYERİ DEVRİNİN ARAŞTIRILMASI GEREĞİ
• İŞYERİ DEVRİNİN HİZMET AKDİNE ETKİSİ***(4857 S. K. m. 6)*

Özet: *İşyeri devri, işçi nakli veya asıl işveren alt işveren ilişkisinin olup olmadığı mahkemece araştırmaya gidilmeli ve gerekirse ilgili şirketlerin ticaret sicil kayıtları getirtilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.*

Taraflar arasındaki kıdem tazminatı, fazla çalışma parası, bayram ve genel tatil gündelikleri ile ücret alacağının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizden incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 11.10.2005 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti.

Duruşma günü davalı adına kimse gelmedi. Karşı taraf adına Av. YK geldi.

Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacı işçinin dava dışı L Hediyeelik Eşya Anonim Şirketi ile D Deri Saracıye Tic Anonim Şirketinde çalıştığı süreler yönünden davalı işveren sorumlu tutulmuştur. Davalı işveren ile anılan şirketler arasında işyeri devri, işçi nakli veya asıl işveren alt işveren ilişkisinin olup olmadığı mahkemece araştırılmış değildir. Bu yönde araştırmaya gidilmeli ve gerekirse ilgili şirketlerin ticaret sicil kayıtları getirtilerek bir karar verilmelidir. Bu konuda eksik incelemeyle sonuca gidilmesi hatalı olmuştur.

3. Dosyaya davalı işverence davacı işçinin imzasını taşıyan iki ayrı ibraname sunulmuştur. Bilirkişi raporunda ibranamelerin değerlendirilme-

sinin mahkemeye ait olduğu bildirildiği halde mahkemece bu yönde bir değerlendirme yapılmaksızın karar verilmiştir.

Öte yandan davacının iş sözleşmesinin son bulduğu tarih konusunda taraflar arasında çekişme söz konusudur. Davacı işçi 31.8.2002 tarihinde kendisinin sözleşmeyi haklı olarak feshettiğini ileri sürmüş, davalı işveren ise ibranamede yazılı olan 20.7.2002 tarihinde işçinin ayrıldığını savunmuştur. Mahkemece bu yönde de bir değerlendirme yapılmalı ve fesih tarihi belirlenerek gerekirse bilirkişiden ek hesap raporu alınmak suretiyle sonuca gidilmelidir.

4. Davacı işçinin talebi üzerine kullandığı ücretsiz izin sürelerinin de kıdem tazminatı hesabına dahiledilmesi de kabule göre hatalı olmuştur.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten, BOZULMASINA, peşin alman temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.10.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/23464 K: 2005/33345 T: 13.10.2005

İŞE İADE DAVASINDA GÖZÖNÜNE ALINACAK KOŞULLAR • 6 AYLIK ÇALIŞMA KOŞULU

(4857 S. K. m. 18)

Özet: İşçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması yanında, işyerinde en az 30 işçi çalışması, en az 6 aylık kıdeminin bulunması ve işletmenin bütününü sevk ve idare eden veya işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiye işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda olmaması gerekir.

Somut olayda, davacı 25.12.2003 tarihinde işe girmiş iş akti de 04.06.2004 tarihinde feshedilmiştir. Altı aylık kıdemi dolmadığından, davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Davanın reddi gerekir.

Davacı, feshin geçersizliği ile işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kabul etmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

İş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanununun 18 ve devamı maddelerine aykırı olarak feshedildiğini iddia eden davacı, feshin geçerli nedenle yapılmadığını belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesi ile başta geçen süre ile işe başlatmama tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı davacının altı aylık süresinin dolmadığını savunmuştur.

Mahkemece feshin sendikal nedenle gerçekleştirildiği kabul edilerek feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmiştir. İşçinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması yanında, işyerinde en az 30 işçi çalışması, en az 6 aylık kıdeminin bulunması ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden veya işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda olmaması gerekir.

İş sözleşmesi feshedilen işçi tarafından aynı kanununun 19. maddesi uyarınca, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açılması gerekir.

Somut olayda, davacı 25.12.2003 tarihinde işe girmiş iş aktide 4.6.2004 de fesh edildiği için altı aylık kıdemi dolmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan bu nedenle davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Davanın reddi gerekir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi hatalı bulunmuştur.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarda açıklanan gerekçe ile;

1. Bakırköy 2. Mahkemesinin 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 (20)YTL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarife göre 350.00-YTL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, Kesin olarak 13.10.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/30426 K: 2005/33669 T: 17.10.2005****İŞE İADE DAVASINDA TOPLANACAK KANITLAR***(4857 S. K. m. 21)*

Özet: Davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine karar verilmesini dava etmiştir.

Davalı davacının kendi işyerinde çalışmadığını, aralarında hizmet akdi bulunmadığını iddia etmiştir.

Dosyaya şahsi dosyası ve ücret bordrosu ibraz edilmemiş, SSK sicil dosyası da celp edilmemiştir. Davacı ile davalı arasında hizmet akdi ilişkisi bulunduğu belirlenmeden yazılı şekilde davanın kabulü bozmayı gerektirmiştir.

Yerel mahkeme isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davalı davacının kendi işyerinde çalışmadığını aralarında hizmet akdi bulunmadığını iddia ederek husumet itirazında bulunmuştur.

Dosyaya işyeri Şahsi dosyası ve ücret bordrosu ibraz edilmemiştir. SSK sicil dosyası da celp edilmemiştir. Davacı ile davalı arasında hizmet akdi ilişkisi bulunduğu belirlenmeden yazılı şekilde davanın kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilie iadesine, 17.10.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/5100 K: 2005/35467 T: 09.11.2005****KIDEM VE İHBAR TAZMİNATI HESABINA ESAS ÜCRET***(1475 S. K. m. 14; 4857 S. K. m. 32)*

Özet: Davacıya bir kez ödendiği anlaşılan ve devamlılık arz etmeyen envanter adı altındaki ödemenin ihbar ve kıdem tazminatına esas ücretin belirlenmesinde nazara alınması ve davalının bu konudaki bilirkişi hesaplamasına vaki itirazının değerlendirilmeden hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ve yıllık izin ücreti ile genel tatil gündeliğinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacıya bir kez ödendiği anlaşılan ve devamlılık arz etmeyen envanter adı altındaki ödemenin ihbar ve kıdem tazminatına esas ücretin belirlenmesinde nazara alınması ve davalının bu konudaki bilirkişi hesaplamasına vaki itirazın değerlendirilmeden hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilie iadesine, 9.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/32562 K: 2005/35769 T: 14.11.2005****FESHİN GEÇERSİZLİĞİ VE İŞE İADE
• ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK***(4857 S. K. m. 25/II-h, 22)*

Özet: Davacı işverenin herhangi bir eğitim vermeksizin giyotin bölümünde çalışırken makas bölümüne geçişi kabul etmemesi nedeniyle aktin feshedildiğini ancak geçerli neden bulunmadığını iddia ederek feshin geçersizliğine işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, verilen görevi işçinin yapmaması nedeniyle haklı nedenle aktin feshedildiğini savunmuştur.

Mahkemece mahallinde iş güvenliği yönünden uzman bilirkişiyle keşif yapılarak davacının geçirilmek istenen bölüm yönünden çalışma koşullarında ağırlaşma ve esaslı bir değişiklik olup olmadığı, tespit ettirilerek; öte yandan da sözkonusu değişikliğin davacı işçinin ileri sürdüğü bel ağrısı için risk teşkil edip etmediği o konuda uzman bir doktor tarafından alınacak raporla açıklığa kavuşturulup sonucuna göre karar verilmelidir. Mahkeme eksik incelemeyle karar verdiğinden karar bozulmalıdır.

Davacı, feshin geçersizliği ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, sübut bulmayan davayı reddetmiştir. Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı, işverenin herhangi bir eğitim vermeksizin giyotin bölümünde çalışırken makas bölümüne geçişi kabul etmemesi nedeniyle aktin feshedildiğini ancak geçerli neden bulunmadığını iddia ederek feshin geçersizliğine ve işe iadesine, boşa geçen süre ücretine ve tazminata karar verilmesini istemiştir.

Davalı ise aktin 4857 sayılı Kanun 25/II-h uyarınca haklı nedenle feshedildiğini savunmuştur.

Mahkemece feshin 4857 sayılı Kanunun 22. maddesine uygun olduğu geçerli nedenle yapıldığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmiş ise de davacının çalıştığı bölümde kullandığı makine ile geçirilmek istendiği bölümde kullanacağı makine arasında kıyaslama yapılarak her iki bölümdeki iş koşulları ve çalışma şartlarının ağırlaştırılıp ağırlaştırılmadığı yönünden herhangi bir inceleme yapılmamıştır. Mahkemece yapılacak iş mahallinde iş güvenliği yönünden uzman bilirkişi marifetiyle keşif yapılarak davacının geçirilmek istenilen bölüm yönünden çalışma koşullarında ağırlaşma ve esaslı bir değişiklik olup olmadığı, tespit ettirilerek öte yandan da söz konusu değişikliğin davacının ileri sürdüğü bel ağrısı için risk teşkil edip etmediği o konuda uzman bir doktor tarafından alınacak bir raporla açıklığa kavuşturulduktan sonra sonucuna göre hüküm kurmaktan ibarettir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.11.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/5310 K: 2005/6233 T: 07.06.2005****ÖDEME EMRİNİN İPTALİ • GÖREVLİ MAHKEME**

(506 S. K. m. 8, 140)

Özet: Davacı, ödeme emrinin iptaline karar verilmesini istemiştir. Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde davanın reddine karar vermiştir. Kurum, nevi değişikliğine ilişkin işyeri bildirgesinin 4447 Sayılı Yasa ile değişik 506 Sayılı Yasanın 8. maddesine göre bir gün önceden verildiğini gerekçe göstererek davacı şirket aleyhine idari para cezası tahakkuk ettirmiştir. Davacı şirket, 12.12.2002 tarihinde tebliğ edilen ödeme emrine karşı 16.12.2002 tarihinde komisyona itiraz ettiği, 07.01.2003 tarihinde tebliğ edilen komisyon ret kararına karşı ise süresinde ve 13.01.2003 tarihinde Bakırköy 5. Sulh Ceza Mahkemesine itirazda bulunduğu, ilgili mahkemece 4958 Sayılı Yasayla değişik 506 Sayılı Yasanın 140. maddesi çerçevesinde görevsizlik kararı verilerek dosyanın idari yargı yerine intikal ettirildiği, İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 2003/1727 esasında görülen davanın İdari Yargılama Usulü Kanununun 3. maddesindeki usulü değişikliklerin tamamlanmasına yönelik olarak, 24.11.2003 tarihli kararla sonuçlandırılıp keyfiyetin 26.01.2004 tarihinde davacı şirkete tebliği edildiği, ancak davanın tekrar derdest hale getirilip getirilmediğinin mahkemece araştırılmadığı anlaşılmamaktadır. Bu nedenlerle davanın reddi bozmayı gerektirmiştir.

Davacı, ödeme emrinin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde davanın reddine karar vermiştir.

Hükmün, davacı Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Mustafa Taş

tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava, idari para cezasına dayalı olarak 6183 Sayılı Yasanın 58. maddesi kapsamında tebliğ edilen ödeme emrinin iptali istemine ilişkindir. Mahkeme, itirazın reddine dair komisyon kararına karşı 7 gün içinde Sulh Ceza Mahkemesine başvurulmadığını ve idari para cezasının kesinleştiğini gerekçe göstererek davanın reddine karar vermiştir.

Kurum, nevi değişikliğine ilişkin işyeri bildirgesinin 4447 Sayılı Yasa ile değişik 506 Sayılı Yasanın 8. maddesine göre bir gün önceden verilmediğini gerekçe göstererek davacı şirket aleyhine idari para cezası tahakkuk ettirmiştir. Davacı şirketin, 12.12.2002 tarihinde tebliğ edilen ödeme emrine karşı 16.12.2002 tarihinde komisyona itiraz ettiği, 07.01.2003 tarihinde tebliğ edilen komisyon ret kararına karşı ise süresinde ve 13.01.2003 tarihinde Bakırköy 5. Sulh Ceza Mahkemesine itirazda bulunduğu, ilgili mahkemece 4958 Sayılı Yasayla değişik 506 Sayılı Yasanın 140. maddesi çerçevesinde görevsizlik kararı verilerek dosyanın idari yargı yerine intikal ettirildiği, İstanbul 4. dare Mahkemesinin 2003/1727 esasında görülen davanın İdari Yargılama Usulü Kanununun 3. maddesindeki usulü eksikliklerin tamamlanmasına yönelik olarak 24.11.2003 tarihli kararlar sonuçlandırılıp keyfiyetin 26.01.2004 tarihinde davacı şirkete tebliğ edildiği, ancak davanın tekrar derdest hale getirilip getirilmediğinin mahkemece araştırılmadığı anlaşılmaktadır.

İdari para cezasına itiraz davasının, süresinde açılmadığına ilişkin gerekçe yerinde olmadığından davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir. Söz konusu davanın sonucunun beklenmesi ve buna göre temyize konu işbu davanın çözümlenmesi gerekir.

O hâlde, davacı şirketin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek hâlinde ilgiliye iadesine, 07.06.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/2604 K: 2005/6461 T: 14.06.2005****RÜCU DAVASI • KUSUR RAPORLARI ARASINDAKİ ÇELİŞKİ
• TAZMİNAT DAVASINDAKİ İBRANAMENİN ANLAŞILIR OLMAMASI**

(506 S. K. m. 26)

Özet: Davacı, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuana ödetilmesini istemiştir. .

1. Kusur yönünden yapılan inceleme; dava dışı personel genel müdürü aleyhine açılan ceza davasında işveren ve üçüncü kişilerin kasıt ve kusurunun bulunmadığı, hâlbuki incelenen karardaki mahkemenin kararına esas teşkil eden raporda işvereni %62,5 sigortalının %37,5 oranında kusurlu olduğu belirlendiğinden; çelişki giderilmeden hüküm kurulması hatalıdır.

2. Hak sahipleri tarafından açılan tazminat davası feragatle sonuçlanmıştır. ibra ya da ödemeye ilişkin celse zaptına geçen bir beyan veya dosyaya ibraz edilmiş bir belge yoktur. Sigorta müfettişince tazminat davasında 2.000.000.000.-TL maddi ödeme yapıldığı ve ibranamenin ekte olduğu belirtilmişse de; rapor ekinde böyle bir belgeye rastlanmamıştır. Müfettiş beyanı esas alınarak düzenlenen hesap bilirkişi raporu da hatalıdır.

Davacı, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuana ödetilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır.

Hükmün, taraflar Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Mustafa Taş tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava; 26.08.1996 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu ölen sigortalı işçinin hak sahiplerine Kurumca yapılan sosyal sigorta yardımları-

nın 506 Sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca davalı işverenden tahsili işlemine ilişkindir. Mahkeme, istek gibi davanın kabulüne karar vermiştir.

1- Kusur yönünden yapılan inceleme hüküm kurmaya elverişli değildir. Sigortalının ölümüne neden olan dikiş makinesindeki elektrik kaçağı daha önce fark edilerek, şalter bant şefi tarafından kapatılmış, ayrıca, çalışmaması hususu şef yardımcısı tarafından sigortalıya ikaz edilmiş ve bu durum arıza işyeri elektrikçisine bildirilmiştir. Ancak, ve ikaza rağmen arızayı bizzat gidermeye kalkışan ve bu sebeple şalteri açan sigortalı cereyana kapılarak zararlandırıcı sigorta olayına maruz kalmıştır. Olaya ilişkin olarak, sadece dava dışı personel genel müdürü aleyhine açılan kamu davası 4616 sayılı Yasaya göre ertelenmiş, Kurum müfettişi tarafından düzenlenen 14.10.1997 tarihli raporda ise; işveren ve 3. kişilerin kasıt ve kusurlarının bulunmadığı belirtilmiştir. Hükme dayanak kılınan 29.04.2004 tarihli kusur raporunda ise işverene %62,5, ölen sigortalıya %37,5 oranında kusur izafe edilmiştir. Kusur raporlarının 506 Sayılı Yasanın 26, 1475 sayılı Yasanın 73, 4857 sayılı Yasanın 77 ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2 ve devamı maddelerine uygun olarak düzenlenmesi gerektiğinden iki rapor arasındaki çelişkinin giderilmesi için ve ölen sigortalının talimat dışı davranış olgusu da göz önünde bulundurularak işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişiler kurulundan yöntemince düzenlenmiş kusur raporu alınmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz bulunmuştur.

2-Hak sahipleri tarafından İstanbul 5. İş Mahkemesinin 1996/946 Esasında işveren aleyhine açılan tazminat davası feragatle sonuçlanmıştır. İbra yada ödemeye ilişkin celse zaptına geçen bir beyan ya da dosyaya ibraz edilmiş bir belge mevcut değildir. Sigorta müfettişince tazminat davasında 2.000.000.000 lira maddi ödeme yapıldığı ve ibranamenin ekli olduğu belirtilmiş ise de; rapor ekinde adı geçen belgeye rastlanmamıştır. Hal böyle iken, ödemenin mevcut olup olmadığı şayet yapılmış iset ne kadarının maddi ne kadarının manevi tazminata ilişkin olduğu ve gerçekliği araştırılmaksızın müfettiş beyanı çerçevesinde hak sahiplerinin dış tavanlarından indirim yapan hesap raporuna göre hüküm tesis edilmesi yerinde bulunmamıştır.

Öte yandan, "Hak sahibi Z 01.01.1994 doğumlu olup olay tarihinde - 2 yaş 7 ay 23 günlük olmasına rağmen 3 yaş yerine 4 yaşında kabul edilerek tavan hesabının bir yıl noksan yapılmış olması da usul ve yasaya aykırıdır.

Mahkemece yapılacak iş; yukarda belirtilen ilke ve esaslar çerçevesinde yeniden kusur ve hesap raporu alarak ve denetlendikten sonra, sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir. Kuşkusuz düzenlenecek yeni hesap raporunda eski donelerle bağlı kalınmalıdır.

O hâlde, davacı ve davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek hâlinde ilgiliye 14.06.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/3630 K: 2005/6773 T: 20.06.2005****YURDA KESİN DÖNÜŞ YAPMADIKÇA YAŞLILIK AYLIĞI
BAĞLANAMAYACAĞI***(Yurtdışı Borçlanması Hakkında 3201 Sayılı Kanun m. 6)*

Özet: Davacı, füzuli ödemenin yasal faiz ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı 3201 Sayılı Yasadan yararlanarak yapmış olduğu borçlanma sonrasında, tahsis talebinde bulunmuş ve Kurum tarafından 01.11.1993 tarihinden başlayarak yaşlılık aylığı bağlanmış ancak, davacı Kurum tarafından davalının 30.06.1994 tarihine kadar kesin dönüş yapmadığı ve çalıştığı tespit edildiğinden, bağlanan aylıkları iptal edilmiştir. Dosyada mevcut TR-4 belgesi ile Kurumun iptal kararında belirtilen davalının çalışma süreleri çelişkili bulunduğundan, 3201 sayılı Yasanın 6. maddesine göre yurda kesin dönüş yapılmadıkça yaşlılık aylığı bağlanamayacağı ve giderek aylığın başlatılmaması, şayet bağlanmışsa aylığın kesilerek füzulen ödenen yaşlılık aylıklarının Kurumca geri istenmesi mümkün bulunduğundan; davalının Türkiye'ye kesin dönüş tarihinin araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Nesrin Şengün tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu. Temyiz konusu hükme ilişkin dava Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hâllerden hiçbirine uymadığından, Yargıtay incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davalı 3201 Sayılı Yasadan yararlanarak yapmış olduğu borçlanma sonrasında, tahsis talebinde bulunmuş ve Kurum tarafından 01.11.1993 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanmış ancak, davacı kurum tarafından davalının 30.06.1994 tarihine kadar kesin dönüş yapmadığı ve çalıştığı tespit edildiğinden, bağlanan aylıkları iptal edilmiştir. Dosyada mevcut TR-4 belgesi ile kurumun iptal kararında belirtilen davalının çalışma süreleri çelişkili bulunduğundan, 3201 Sayılı Yasanın 6.maddesine göre

yurda kesin dönüş yapılmadıkça yaşlılık aylığı bağlanamayacağı ve gide-rek aylığın başlatılmaması, şayet, bağlanmışsa aylığın kesilerek fuzulen ödenen yaşlılık aylıklarının Kurumca geri istenmesinin mümkün bulun-duğundan; davalının, Türkiye'ye kesin dönüş tarihinin araştırılarak so-nucuna göre karar verilmesi gerekir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme sonucunda yazılı şekilde hü-küm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BO-ZULMASINA, temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.06.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/5540 K: 2005/9288 T: 26.09.2005

BAĞ KUR SİGORTALILIĞININ BAŞLANGICI • MESLEK KURULUŞUNA KAYIT OLMA KOŞULU

(1479 Sayılı Kanun m. 25, 2654 Sayılı Kanun)

Özet: Davacının 05.12.1978 tarihi itibariyle Kollektif Şirket kurucu ortağı olarak İstanbul Ticaret Odası kaydına istinaden 27.03.1979 tarihli imzaladığı Bağ-Kur'a giriş bildirgesi ile kayıt ve tescilinin yapıldığı anlaşılmaktadır.

14.04.1982 tarihinde TBMM'de kabul edilip, 20.04.1982 tarihli Resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2654 sayılı Yasadan önce sigortalılık için meslek kurulu kaydı gereklidir. Davalı Bağ-Kur, davacının Ticaret Odası kaydını esas alarak 05.12.1978 itibariyle kayıt ve tescil etmiştir. Dolayısıyla, davacının vergi kaydının 07.07.1978 tarihinde başladığından bahisle sigortalılığın bu tarih itibariyle başladığı gerekçesi ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Davacı, Bağ-Kur sigortalılığının 5 yıl 7 ay 27 gün olarak sayılmasına ve bu hizmetleri ile birlikte Kuruma yapmış olduğu 05.05.2003 tarihli yaşlılık tahsis talebine istinaden Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından

yaşlılık aylığı bağlanarak aylıklarının faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılardan Sosyal Sigortalar Kurumu Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve *Tetkik Hâkimi Mustafa Arınmış* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacının 05.12.1978 tarihi itibarıyla Kolektif Şirket kurucu ortağı olarak İstanbul Ticaret Odası kaydına istinaden 27.03.1979 tarihli imzaladığı Bağ-Kur'a giriş bildirgesi ile kayıt ve tescilinin yapıldığı anlaşılmaktadır.

14.04.1982 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilip, 20.04.1982 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2654 Sayılı Yasadan önce sigortalılık için meslek kuruluş kaydı gereklidir. Davalı Bağ-Kur, davacının Ticaret Odası kaydını esas alarak 05.12.1978 itibarıyla kayıt ve tescil etmiştir. Dolayısıyla, davacının vergi kaydının 07.07.1978 tarihinde başladığından bahisle sigortalılığın bu tarih itibarıyla başladığı gerekçesi ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde davalı Kurumunun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BÖZÜLMASINA, 26.09.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/6986 K: 2005/9568 T: 03.10.2005****RÜCU DAVASI • HAKKANİYET İNDİRİMİ****• USULÜ KAZANILMIŞ HAK***(506 S. K. m. 9, 10, 26, 87)*

Özet: Davacı, iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelire yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuana ödenmesini istemiştir.

Sigortalının 01.06.1995 tarihinde işe başladığı, olayın 09.09.1995 tarihinde meydana geldiği, işe giriş bildirgesinin ise yasalarla öngörülen bir aylık yasal süre geçtikten sonra 12.09.1995 tarihinde verildiğinin anlaşılmasına göre, asıl işveren ile taşeron davacılar yönünden 506 Sayılı Yasanın 9-10. madde koşulları oluşmuştur. Sigortalının hak sahipleri tarafından açılan ve kesinleşen İstanbul 2. Mahkemesinin dosyasında hükme esas alınan 10.02.1999 tarihli hesap raporundaki hesap öğeleri aynen kalmak üzere, hak sahiplerinin maddi zararlarına, sigorta olayında sigortalının %30 oranında kusurlu olması gözetilerek, Borçlar Kanununun 43. ve 44. maddeleri uyarınca sigortalının kusurunun %50'si oranında hakkaniyet indirimi yapılarak, %85 kusur oranına göre maddi zarar miktarları tespit edilmeli, hak sahipliği dosyasında hükmolunan maddi tazminat miktarları tenzil edildikten sonra her bir hak sahibi yönünden dava kontrolü yapılmalı ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir. Asıl işveren ile taşeronlar dışındaki üçüncü kişi kapsamında olan davalı gerçek kişiler yönünden ise; davanın yasal dayanağı olan 506 sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca toplam davalıların %70 kusur oranına göre hak sahipliği dosyasında tespit olunan hak sahiplerinin maddi zarar miktarın esas alınarak, tazminat dosyasında hükmolunan miktarlar tenzil olunduktan sonra tavan kontrolü yapılarak karar verilmelidir. Ne var ki, karar

verilirken hükmü temyiz etmeyen davalılar yönünden hükmolunan miktar itibarıyla Kurum lehine oluşan usuli kazanılmış hak durumu gözetilmelidir.

Davacı, işkazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuana ödetilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteği hüküm altına almıştır.

Hükmün, davacı ve davalılardan Ç Alüminyum San. ve TAŞ ile Ö İnş. Alüminyum San. ve Tic. Ltd. Şti. Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve *Tetkik Hâkimi Hatice Kamışlık* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava, 09.09.1995 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu vefat eden sigortalı Rıza Arı'ya Kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarının davalılardan rücuana tahsili istemine ilişkin olup; davanın yasal dayanağı 506 Sayılı Kanunun 10, 26 ve 87. maddeleridir.

Sigortalının 01.06.1995 tarihinde işe başladığı, olayın 09.09.1995 tarihinde meydana geldiği, işe giriş bildirgesinin ise yasa da öngörülen bir aylık yasal süre geçtikten sonra 12.09.1995 tarihinde verildiğinin anlaşılmasına göre; asıl işveren ile taşeron davalılar yönünden 506 Sayılı Yasanın 9-10. madde koşulları oluşmuştur. Sigortalının hak sahipleri tarafından açılan ve kesinleşen İstanbul 2. İş Mahkemesinin 1996/599 Esas-1999/402 Karar sayılı dosyasında hükme esas alınan 10.02.1999 tarihli hesap raporundaki hesap öğeleri aynen kalmak üzere, hak sahiplerinin maddi zararlarına, sigorta olayında sigortalının %30 oranında kusurlu olması gözetilerek, Borçlar Kanununun 43-44. Maddeleri uyarınca sigortalının kusurunun %50'si oranında hakkaniyet indirimi yapılarak, %85 kusur oranına göre maddi zarar miktarları tespit edilmeli, hak sahipliği dosyasında hükmolunan maddi tazminat miktarları tenzil edildikten sonra her bir hak sahibi yönünden tavan kontrolü yapılmalı ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir.

Asıl işveren ile taşeronlar dışındaki üçüncü kişi kapsamında olan davalı gerçek kişiler yönünden ise; davanın yasal dayanağı olan 506 Sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca toplam davalıların %70 kusur oranına göre hak sahipliği dosyasında tespit olunan hak sahiplerinin maddi zarar miktarları esas alınarak, tazminat dosyasında hükmolunan miktarlar tenzil olunduktan sonra tavan kontrolü yapılarak karar verilmelidir. Ne var ki, karar verilirken hükmü temyiz etmeyen davalılar yönünden hükmolunan miktar itibarıyla kurum lehine oluşan usuli kazanılmış hak durumu gözetilmelidir.

Mahkemece açıklanan maddi ve hukuki olgular üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacı SSK ile davalılardan Ç Al. San. ve TAŞ ve Ö İnş. Al. San.ve Tic. Ltd. Şti. vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

Sonuç: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek hâlinde ilgiliye iadesine, 03.10.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/7320 K: 2005/10794 T: 24.10.2005

SİGORTALI HİZMETİN TESPİTİ • YAKIN AKRABA YANINDA UZUN SÜRELİ SİGORTASIZ ÇALIŞMANIN TESPİTİ

(506 S. K. m. 79-10)

Özet: Davacı, davalı işverene ait işyerinde 27.01.1981-23.03.2001 tarihleri arasında geçen çalışma sürelerinin tespiti karar verilmesini istemiştir. Mahkeme davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

Davalı davacının eniştesidir. Bu nedenle, davalının davacıyı uzun süre sosyal güvenlikli yoksun bırakması düşünülemez.

a. Davacının 20 yıl boyunca kendisinin eşinin, çocuğunun SS Kurumu hastanelerinde tedavi görmek, ilaç almak için işverenden vizite kağıdı isteyip istemediği konusunda mahkeme inceleme yapmamıştır.

b. İşyeri iki kez 21.04.1998 ve 11.09.1995 tarihlerinde Kurum müfettişlerince denetlenmiştir. Bu teftişlerde davacının adı yoktur.

c. Davacının davalının dış işlerinde mal satımı, mal alımı gibi işlerde görevlendirildiği tanıklarca ifade edilmiş olmakla; davacının yıllar itibarıyla hangi belgeleri düzenlediği, bu belgelerdeki imza örnekleri incelenmeli; ayrıca hangi işyerlerine mal teslim ettiği sorulmalı ve o işyerleri işverenleri tanık olarak dinlenmeli, varsa belgelerdeki davacı imzala-

rı saptanmalı ve tescilsiz çalıştırılan tanıklar dinlenerek niçin kendilerinin ve davacının kuruma bildirilmediği sorulmalı ve davacının çalışması hiçbir kuşkuya yer bırakmaya şekilde tespit edilmelidir. Bu tespitten sonra dava hakkında karar verilmelidir.

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 27.01.1981-23.03.2001 tarihleri arasında geçen çalışma sürelerinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılardan Sosyal Sigortalar Kurumu Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve *Tetkik Hâkimi Mehmet Şahin* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacı, davalılardan işveren SH'ya ait işyerinde 27.01.1981-23.03.2001 tarihleri arasında geçen çalışmalarının Kuruma bildirilmediğini, bu işyerinde geçen çalışmasının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Bu tür hizmet tespitine yönelik davaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi icabettiği, Yargıtay'ın ve giderek Dairemizin yerleşmiş içtihatları gereğidir.

Mahkeme, işverenin kabulü, 3 tanık beyanı ve bilirkişi raporuna dayanarak, davacının 01.01.1985-31.12.2000 tarihleri arasında hizmet akdi ile çalıştığının tespitine karar vermiştir. Ancak, mahkemenin kabulü yeterli araştırma ve incelemeye dayanmamaktadır. Zira davalı işveren davacının eniştesidir. Bu yakınlığın doğal sonucu olarak da uzun yıllar davacıyı sosyal güvenlikli yoksun bırakması düşünülemez. Ayrıca, davacının 20 yılı aşkın bir süre içerisinde kendisinin eşinin, çocuğunun Sosyal Sigortalar Kurumu Hastanelerinde tedavi görmek, ilaç almak için işverenden vizite kağıdı isteyip istemediği konusunda, mahkeme bir inceleme yapmamıştır. Yine, işyerinin 21.04.1998, 11.09.1995 tarihinde Kurum müfettişi tarafından yapılan teftişlerde davacının ismi bulunmamaktadır. İlk müfettiş raporunda 4, ikincisinde, 5 sigortalının sigortasız çalıştırıldığı tespit edilmiştir. İşyerinde çorap imalatı yapıldığı 9-10 civarında sigortalı çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Davacının, işyerinin dış işlerinde mal satımı, mal alımı gibi işlerde görevlendirildiği tanıklarca ifade edilmiştir. Bu durumda, işyeri kayıtları incelenerek davacının yıllar itibarıyla hangi belgeleri tanzim ettiği, bu belgelerdeki imza örnekleri incelenmeli; ayrıca, hangi işyerlerine mal teslim ettiği sorulmalı ve o işyerleri işverenleri tanık olarak dinlenmeli, varsa, belgelerdeki davacı imzaları saptanmalı ve tescilsiz çalıştırılan tanıklar dinlenerek niçin kendilerinin ve davacının Kuruma bildirilmediği sorulmalı ve davacının çalışması hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde tespit edilmelidir. Gerekirse işyerine

komsu ve yakın işyerleri işverenleri ve çalışanları dahi dinlenerek bir sonuca varılıp karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 24.10.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/8680 K: 2005/10893 T: 24.10.2005

VEKALET ÜCRETİ VE YARGILAMA GİDERİNİN TAKDİRİ • VEKİLE TEMSİL EDİLEN DAVALI LEHİNE RET NEDENİYLE VEKALET ÜCRETİ TAKDİRİ GEREKTİĞİ

(HUMK m. 417, 426; 24.04.1945 gün ve 21/9 sayılı YİBK)

Özet: Davacı, iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirle yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücuun ödetilmesini istemiştir. Dava yetki yönünden reddedilmiştir. Yargılama giderleri ve avukatlık ücretinin yargılama sonunda haksız çıkan tarafa yükletilir. Haksız çıkan kimse, bu haksız davranışının bütün sonuçlarından sorumlu tutulması hukukun genel kurallarındadır.

Görevsizlik veya yetkisizlik kararları; bu kararları veren mahkemeler yönünden nihai kararlar olup, her mahkeme kendi yargılama giderleri ve avukatlık ücretini başka bir mahkemenin takdir ve hükmüne bırakmayıp nihai kararı ile birlikte hüküm altına almak zorunda olduğu halde, kendisini vekille temsil ettiren davalı Kurum lehine avukatlık ücreti takdir edilmemesi, ayrıca harç yargılama giderlerinin yetkili mahkemece nazara alınmasına karar verilmesi usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Davacı, iş kazası sonucu sürekli iş görmezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan peşin değerli gelirler ile yapılan harcama ve ödemeler nedeniyle uğranılan Kurum zararının rücu an ödettirmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde davanın yetki yönünden red-dine karar vermiştir.

Hükmün, davalı Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve *Tetkik Hâkimi Hatice Kamışlık* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

24.04.1945 gün ve 21/9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 417 ve 426. maddelerinde açıkça belirtildiği gibi yargılama giderleri ve avukatlık ücretinin yargılama sonunda haksız çıkan tarafa yükletilir. Zira haksız davranışta bulunan bir kimsenin bu haksız davranışının bütün sonuçlarından sorumlu tutulması hukukun genel kurallarındandır.

Görevsizlik veya yetkisizlik kararları; bu kararları veren mahkemeler yönünden nihai kararlar olup, her mahkeme, kendi yargılama giderleri ve avukatlık ücretini başka bir mahkemenin taktir ve hükmüne bırakmayıp nihai kararı ile birlikte hüküm altına almak zorunda olduğu halde, kendisini vekille temsil ettiren davalı Kurum lehine avukatlık ücreti taktir edilmemesi, ayrıca harç ve yargılama giderlerinin yetkili mahkemece nazara alınmasına karar verilmesi usule ve yasaya aykırı olup bozma nede-nidir.

Ne var ki; bu aykırılığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, hüküm bozulmamalı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ: Hüküm fıkrasında yer alan "*Harç ve yargılama giderinin yetkili mahkemece düşünülmesini*" cümlesinin silinerek yerine "*Harç peşin alındığından yeniden harç alınmasına yer olmadığına, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına taktir olunan 350.000.000 lira maktu vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine*" cümlelerinin yazılmasına ve hükmün düzeltilmiş bu şekliyle ONANMASINA, 24.10.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/3278 K: 2004/12563 T: 20.12.2004****TAŞIYICININ SORUMLULUĞUNUN SINIRI****• GASP NEDENİYLE ZAYİ OLAN EŞYA***(TTK. m. 781/1)*

Özet: *Taşıyıcı kendi kusurundan doğmayan bir nedenle taşınan eşyanın hasarlandığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur.*

Gasp olayı nedeniyle zayi olan maldan taşıyıcının sorumlu olmaması gerekir.^()*

Taraflar arasında görülen davada İstanbul Asliye 2. Ticaret Mahkemesi'nce verilen 26.02.2002 tarih ve 1997/58-2002/185 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı SÇ vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için *Tetkik Hakimi Gürkan Gençkaya* tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkili şirket tarafından nakliyat sigortası yapılan iplik emtiasının davalılar tarafından yapılan taşıması sonrasında gasp edildiğinden bahisle alıcısına teslim edilmediğini, sigortalının zararının karşılandığını ileri sürerek, 1.150.000.000.TL'nin davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı SÇ, gasp olayında kusuru ve sorumluluğu bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, davalının gasp olayının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, yapılan araştırma ile faillerin saptanamamış olması nazara alındığında olayın mizansen olduğu kuşkusunun ağır bastığı gerekçesiyle, davalı SÇ hakkındaki davanın kabulüne, diğer davalı hakkındaki davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı SÇ vekili temyiz etmiştir.

Dava, nakliyat sigorta poliçesinden kaynaklanan rücu istemine ilişkindir.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL "Mersin Barosu"

Davalı SÇ, nakliyat sigortası teminatı altına alınmış emtianın taşındığı aracın sürücüsüdür. Emtianın araç ile birlikte gasp edildiğini savunmuş olup, buna ilişkin karakol tutanakları getirtilmiş, davalıyı olaydan sonra bulan polisler tanık olarak dinlenmiştir. Bilirkişinin de isabetli olarak belirttiği üzere, davalının beyanı ve zabıta memurlarının bu durumu teyit eden mahkemede verilen ifadelerinden davalının bir gasp olayına maruz kaldığı anlaşılmaktadır. Bu hususun aksini ispat etmesi gereken davacı vekilinin, gasp olayının gerçek bulunmadığı ve davalının gasp olayına karıştığına dair hiçbir delil göstermemiş bulunmasına göre davalının TTK'nın 781/1 maddesinden yararlanarak gasp nedeniyle zayi olan maldan sorumlu tutulmaması gerekmektedir. O halde mahkemece mümeyiz davalı yönünden de davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle mümeyiz davalının temyiz isteminin kabulü ile kararın BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 20.12.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/3862 K: 2005/211 T: 25.1.2005

TRAFİK KAZASINDAN DOĞAN ZARAR

• İŞLETENİN SORUMLULUĞU • İŞLETEN KAVRAMI

(2918 SK. m. 85/1)

Özet: *Trafik kazasına neden olan aracın üzerinde unvanı yazan firma ile yolcu biletlerini kesmiş olan firma, söz konusu kazanın meydana gelmesinde işleten konumundadırlar. Bu nedenle kazadan doğan zarardan sorumludurlar.^(*)*

Taraflar arasında görülen davada Tarsus Asliye 1. Hukuk Mahkemesi'nce verilen 05.11.2003 tarih ve 2000/769-2003/1258 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacılar vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için *Tetkik Hakimi Dilek Çakıroğlu* tarafından düzenlenen rapor dinlendikten

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL "Mersin Barosu"

ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacılar vekili, davalılardan kooperatifin işlettiği minibüste yolcu olan müvekkillerinin murisinin 10.7.2000 tarihinde diğer otobüs işletmesine ait minibüsün çarpması sonucu meydana gelen kazada vefat ettiğini ileri sürerek toplam 130.000.000 TL. maddi ve 11.000.000.000 TL manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar kooperatif ve Ç Vip Tur. San. Tic. Ltd. Şti. vekilleri ile FD ayrı ayrı davanın reddini istemişlerdir.

Diğer davalı davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece toplanan delillere göre, kazada davalı sürücü FD'nin 3/8, İA'nın 5/8 oranında kusurlu oldukları, İA yönetimindeki aracın bu şahıs adına kayıtlı olması nedeniyle üyesi olduğu taşıyıcı kooperatifinin işleten sıfatı bulunmadığı, FD yönetimindeki aracın ise dava dışı başka bir şirket adına kayıtlı olduğu, bu şirketle davalı Ç Ltd. Şti. arasındaki sözleşmeye göre sadece davalının aracın alacağı kira karşılığında firmasında çalışmasına izin verdiği, bu nedenle yasanın aradığı anlamda işleten sıfatı olmadığı gerekçesiyle davalılar kooperatif ve Ç Ltd. Şti. hakkındaki davanın husumet yokluğundan reddine, diğer davalılar hakkındaki davanın kısmen kabulüne, davacı NA için 16.849.257:000 TL maddi ve 3.000.000.000 TL manevi tazminat ile diğer davacılar için ayrı ayrı 2.000.000.000'er TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılar İA ve FD'den tahsiline, maddi tazminat istemlerinin reddine karar verilmiştir.

Kararı davacılar vekili temyiz etmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacıların murislerinin meydana gelen kaza sonucu ölümü nedeniyle, taşıyıcı ve işleten sıfatıyla davalı kooperatif ile Ç Seyahat Ltd. Şti.'nin sorumlu olup olmadıklarına ilişkindir. Davacıların murisi, davalı İA'ya ait ve onun yönetimindeki ancak üyesi olduğu taşıyıcı kooperatifin işlettiği minibüste yolcu iken kaza geçirmiştir. Minibüsün üzerinde Mersin Ö Kooperatifi Seyahat Firması, minibüsle çarpışan otobüsün üzerinde Ç Seyahat Ltd. Şti. yazılı olduğu, biletlerin bu firmalarca kesildiği, dava dışı C Otomotiv Tur. San. Tic. Ltd. Şti.'ne ait otobüsün kazadan önce 21.7.1999 tarihinde davalı Ç Seyahat 'e uzun süreli kiralandığı anlaşılmaktadır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 85/1. maddesinde *"bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar."* hükmüne yer verilmiştir. Mahkemece dosyadaki delil durumu ve anılan yasa hükmü göz önüne alınmaksızın da-

valılar kooperatif ve seyahat firmasının işleten konumunda olduğu gözeltmeden yazılı şekilde işleten olmadıkları gerekçesiyle bu davalılar yönünden davanın reddi doğru görölmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün davacılar yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harem isteği halinde temyiz edene iadesine, 25.01.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/3888 K: 2005/469 T: 31.5.2005

RESMİ KURUMUN SORUMLULUĞU • DAVANIN İLGİLİ BAKANLIĞA AÇILMASI

Özet: Devlet hastanesinin sorumlu olduğu haksız eylem nedeniyle açılacak olan davada husumetin Sağlık Bakanlığı'na yöneltilmesi gerekir.

Taraflar arasında görölen davada Üsküdar Asliye 2 Hukuk Mahkemesince verilen 16.10.2003 tarih ve 2003.279-2003/930 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için *Tetkik Hakimi Ara Durak* tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşölüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkili şirkete sigortalı işyerinde bulunan emtiaların, üst kattan sızan sular nedeniyle uğradığı (3.046.000.000. TL) hasar bedelinin sigorta ettirene ödendiğini ileri sürerek, anılan meblağın temerrüt faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı temsilcisi, duruşmalara katılmamış ve savunmada bulunmamıştır.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporlarına dayanılarak, davalının olayda 8/8 oranında kusurlu bulunduğu, toplam zararın talepten fazla olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı hazine vekili temyiz etmiştir.

1- Dava işyeri sigorta sözleşmesinden kaynaklanan alacağın rücuen tahsili istemine ilişkindir. Davanın, zarara neden olan haksız fiil faili devlet hastanesi başhekimliğinin bağlı bulunduğu Sağlık Bakanlığı aleyhine açılması ve dava dilekçesinin hazine avukatına tebliği ile savunma hakkı

tanınması gerekirken, "temsilcide hata" niteliğindeki bu yanlışlık giderilmeden başhekimlik çalışanına tebligat yapılarak yargılamanın davalı tarafın yokluğunda görüşülüp sonuçlandırılması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

2- Bozma neden ve şekline göre, davalı hazine vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle dolayı, davalı hazine vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle kararın BOZULMASINA. 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı Hazine vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine. 31.05.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/9858 K: 2005/8419 T: 20.9.2005

T. M. SİGORTA FONU'NUN İŞLEMLERİNİN NİTELİĞİ • İDARE MAHKEMESİNİN GÖREVİ

(3021 SK. m. 1; 4389 SK. m. 15)

Özet: Kamu tüzel kişiliği niteliğinde bulunan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun yasayla kendisine verilen görevleri ifası sırasında kamu gücünü kullanarak oluşturduğu işlemlerin idare hukuku kurallarına göre değerlendirilmesi gerekir.

Bu nedenle, Fon'a devredilen bankaların mudileri hakkında uygulanan işlemler sebebiyle uğranıldığı ileri sürülen zararın giderilmesi amacıyla açılan davaya idare mahkemesinde bakılması gerekir.^(*)

Taraflar arasında görülen davada Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 17.06.2004 tarih ve 2004/9-2004/390 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi duruşmalı olarak davalılar vekillerince istenmiş olmakla, duruşma için belirlenen 20.09.2005 günde davalılardan İmarbank TAŞ avukatı İA-TMSF vekili TD ile davacı avukatı İÇ gelip, temyiz dilekçesinin de süresinde verildiği anlaşıldıktan ve duruşmada hazır

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL "Mersin Barosu"

bulunan taraf avukatları dinlenildikten sonra, duruşmalı işlerin yoğunluğu ve süre darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması ileriye bırakılmıştı. Dava dosyası için *Tetkik Hakimi Ahmet Susoy* tarafından düzenlenen rapor dinlenildikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili asıl ve birleşen dava dilekçelerinde, müvekkilinin bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izni BDDK'nın 03.07.2003 tarihli kararıyla kaldırılan, yönetim ve denetimi TMSF'ye intikal ettirilen T. İmar Bankası A.Ş. nezdinde 26.06.2003 tarihinde toplam (60.000.000.000. TL) tutarında tasarruf mevduatı açtığını, 5021 sayılı ve 27.12.2003 yayım tarihli kanun uyarınca, bankaya el konulma tarihinden bir ay öncesinden itibaren kıyı bankalarından çekilerek, anılan bankaya yatırılan tasarruf mevduatlarına TMSF kapsamında ödeme yapılmayacağını hüküm altına alındığını, anılan yasa hükmünün hakkın kazanılma tarihinde mevcut olmadığı gibi açıkça Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürerek toplam (60.000.000.000. TL'nin) 26.06.2003 tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı TMSF vekili, müvekkili kurum aleyhine açılan davada görevli yargı yerinin "*idari yargı*" olduğunu, kurum merkezinin İstanbul olması nedeniyle mahkemenin yetkisiz bulunduğunu, SÖ'ye ait off-shore hesabının 26.06.2003 tarihinde şubeye fiktif olarak getirtilmek suretiyle SÖ tarafından vekaleten davacı adına sözde mevduat hesabının açıldığını, davacının İmar Bank off-shore Ltd. ve/veya T. İmar Bankası TAŞ'dan talepte bulunması gerekirken, müvekkili kuruma husumet yöneltemeyeceğini belirterek, davanın reddini istemiştir.

Davalı T. İmar Bankası TAŞ. vekili, 26.06.2003 tarihinde, davacının kardeşi olan SÖ'nün hesabının bulunduğu off-shore bankasından CÖ hesabına hiçbir nakit girişi olmamasına rağmen kayden böyle bir giriş varmış gibi gösterilerek, muvazaalı işlem yapıp dava konusu edilen alacağın güvence altına alınmasına çalışıldığını, oysa 5021 Sayılı Yasa uyarınca davacıya ödeme yapılamayacağını belirterek, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, dosyadaki kanıtlar ve bilirkişi raporu na nazaran, davacı adına açılan hesapta herhangi bir muvazaalı işleme rastlanmadığı, off-shore bankasından gelen paranın bir kısmının ödenip, bakiyesi (60.000.000.000 TL) için davacı adına normal mevduat hesabı açıldığı, banka tarafından bu paranın ödenmediği gerekçeleriyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalılar vekillerince ayrı, ayrı temyiz edilmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve ya-

saya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı banka vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacıya, 27.12.2003 tarih ve 25239 sayılı resmi Gazetede yayınlanan 5021 Sayılı Yasa'nın 1. maddesi uyarınca ödeme yapılmadığı davalılarca savunulduğuna göre, mahkemece, söz konusu Yasa hükmünün somut olayı ilgilendiren bölümünün Anayasa Mahkemesinin 04.05.2005 gün 2004/4 E, 2005/25 K sayılı ilamıyla (23.06.2005 gün ve 25854 sayılı RG'de yayım) iptal edildiğinde gözetilerek, delillerin değerlendirilmesi suretiyle hasıl olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, anılan Yasa hükmünün karar yerinde hiç değerlendirilip, tartışılmamış olması hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davalı Banka yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

3- Dava, banka tasarruf mevduat hesabındaki paranın 5021 sayılı Yasanın 1. maddesi uyarınca ödenmediği iddiasına dayalı alacak istemi-ne ilişkindir.

Davacı vekili, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu aleyhine de açmış olduğu iş bu davada, mevduat hesabındaki paranın davalı kurumun güvencesi altında olduğunu, ileri sürmüştür. 4389 Sayılı Kanunun 15. maddesi uyarınca kamu tüzel kişiliğine haiz olan TMSF'nin kanunla kendisine verilen görevlerin ifası sırasında kamu gücünü kullanarak tesis ettiği idari işlemlerin idare hukuku kurallarına göre belirlenmesi gerekir. Uyuşmazlık Mahkemesinin 2002/21 E, 2002/22 K sayılı ilamında da vurgulandığı üzere, Kamu Tüzel Kişiliğine haiz Fon tarafından kendisine devredilen Bankaların mudileri hakkında kamu gücüne dayalı resen ve tek taraflı olarak tesis edilen ve idari nitelik taşıyan işlemler nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın giderilmesi amacıyla Fon aleyhine açılan davada, olayda kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp, yürütülmediğinin, davacıya ait hesabın 5021 sayılı Yasa'nın 1. maddesi kapsamında değerlendirilmesine yönelik idari işlemin yerindeliğinin, zararın doğumunda idarenin sorumluluğunun bulunup, bulunmadığının idare hukuku ilkelerine göre saptanması gerekir. Bu durum karşısında, davalı kurum vekilinin yargı yolu yönündeki itirazı dikkate alınarak, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı banka vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı Banka (3) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı TMSF vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalılar yararına BOZULMASINA, Bankalar Kanunu'nun 4672 sayılı yasayla değişik 14/5-c maddesi gereğince davalılar TMSF ve T. İmarbankası AŞ'den harç alınmasına mahal olmadığına, 20.09.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/12861 K: 2005/10346 T: 26.10.2005****ALKOLLÜ ARAÇ KULLANMA
• SİGORTA ŞİRKETİNİN SORUMLULUĞU***(2918 KTK. m. 48)*

Özet: Sürücünün sırf alkollü olması veya %100 kusurlu bulunması hasarın sigorta teminatı dışında kalmasını gerektirmez. Bu konuda yapılacak iş, nöroloji uzmanı tabip ile trafik uzmanı bilirkişiden oluşacak heyete inceleme yaptırılarak olayın “özellikle” alkolün etkisiyle meydana gelip gelmediğinin saptanmasıdır. Bu saptamanın mutlaka Adli Tıp Kurumu aracılığı ile yapılması gerekir.

Taraflar arasında görülen davada Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 04.06.2004 tarih ve 2003/782-2004/350 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için *Tetkik Hakimî Ata Durak* tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkiline ait ve davalı şirkete kasko sigortalı aracın uğradığı hasar bedelinin, usulüne uygun müracaata rağmen ödenmediğini ileri sürerek, (5.200.000.000) TL'nin temerrüt faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, kaza sırasında sürücünün alkollü olduğunu, bu nedenle hasarın teminat dışında kaldığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, Dairemiz'e ait 05.05.2003 tarihli ilama dayanılarak, davacıya ait araç sürücüsünün %100 oranında kusurlu bulunduğu ve alkolün de kazada %100 etkili olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir. Mahkemece, Dairemiz'e ait bozma ilamına uyulmasına karar verildiği halde ilamda belirtilen şekilde bir araştırma ve tespit yapılmamıştır. 2918 sayılı KTK'nın 48. maddesine, Kasko Sigorta Polisiyesi Genel Şartları'nın A.5.5.5. maddesine ve Dairemiz'in bu güne kadar devam eden

uygulamasına göre, kaza ve hasarın münhasıran sürücünün, alkolün etkisi altında bulunmasından ileri gelmiş olması halinde bu hasar teminat dışında kalır, ancak sürücünün sırf alkollü olması veya %100 oranında kusurlu bulunması hasarın teminat dışı kalmasını gerektirmez. Bu durumun ise, mahkemece nöroloji uzmanı tabip ile trafik uzmanı bilirkişilerden oluşacak bilirkişi heyetine inceleme yaptırılarak, olayın meydana geliş şekli de dikkate alınarak kaza ve hasarın, sürücünün sadece alkolün etkisi altında bulunmasından meydana gelip gelmediğinin saptanması ve uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekir. Bu durum karşısında mahkemece, Dairemiz'e ait bozma ilamında açıkça belirtildiği halde nöroloji uzmanı bir hekim ile trafik uzmanının "*birlikte*" bulunacağı bir bilirkişi kurulu aracılığıyla, olayın meydana geliş şekli de gözetilerek kaza ve hasarın "*münhasıran*" sürücünün aldığı alkolün etkisinde bulunmasından ileri gelmiş olup olmadığı tespit edilmeden ve bu tespitin mutlaka Adli Tıp Kurumu İhtisas Daireleri aracılığıyla yapılmasının gerekmediği düşünülmeyen, yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına BOZULMASINA, aşağıda yazılı bakiye 1.10 YTL. temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 26.10.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/22036 K: 2004/27480 T: 30.12.2004****KARŞILIKSIZ ÇEK • MUHATAP BANKANIN SORUMLULUĞU***(TTK. m. 730/12, 636; 3167 SK. M. 10)*

Özet: Karşılıksız çekler nedeniyle bankanın 3167 sayılı Yasa gereğince sorumlu olup olmadığı yargılama ile belirlenebilecek bir husustur. Bu nedenle çek borçlusuna karşı başlatılan icra takibinde muhatap banka ya ödeme muhtırası gönderilemez.^(*)

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki şikayetçi vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüldüğü düşünöldü:

Alacaklı tarafından borçlu Mİ hakkında asıl alacak ve eklentilerinin tahsili için kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe geçilmiştir. Takip sırasında alacaklı tarafından takibe konu çeklerin arkasına karşılıksız kaşesi koyan Denizbank Kayseri Şubesi adına çekle ödemelerin düzenlenmesi hakkındaki kanunun 10. maddesi uyarınca bankanın her bir çek için sorumlu olduğu 300.000.000.-TL den çek karşılığı 3.600.000.000.-TL ödenmesi için muhtıra tebliğ edilmiştir. İcra takibinin dayanağı 12 adet çek olup muhatap banka Denizbank Isparta Şubesidir. TTKM'nun 730/12. maddesinin göndermesi ie çekler hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 636. maddesi gereğince çek nedeni ile asıl borçlu keşideci yanında cirantalar ve bunlara aval verenler hamile karşı müteselsil borçlu sıfatıyla sorumludurlar. Borçlular hakkında kambiyo senetlerine özgü yolla başlatılan takipte yukarıda yazılanlar dışında karşılıksız şerhi koyan muhatap banka hakkında herhangi bir takip yapılamayacağı gibi muhtırada çıkartılamaz. Adı geçen bankanın 3167 sayılı yasa gereğince sorumlu olup olmadığı yargılama ile belirlenebilecek bir husustur. Bu sebeple icra takibinde borçlu olarak gösterilmeyen ve ödeme emri tebliğ edilmeyen muhatap bankaya ödeme muhtırası gönderilmesine yönelik memurluk işlemi bu nedenle de doğru değildir.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL "Mersin Barosu"

O halde, mahkemece şikayetin kabulüne karar vermek gerekirken yazılı gerekçelerle reddi isabetsizdir.

SONUÇ: Şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 30.12.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/6465 K: 2005/9612 T: 3.5.2005

TASARRUF MEVDUATI SİGORTA FONU • TEDBİR KARARI • HACİZ UYGULAMA OLANAĞI

(4969 SK. m. 2; 4389 SK. m. 16/2)

Özet: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ile birlikte tüm alacaklıların haklarının korunmasına yönelik tedbir kararı, tedbirin uygulandığı şirketlerden alacaklı olanların cebri icra yolu ile alacakların tahsili için icra takibi yapmalarına ve haciz uygulamalarına engel değildir.

Yasada da tedbir kararı verilenler yönünden cebri icraya engel olacak bir hüküm yoktur.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüldü :

Borçlu Star Televizyon Hizmetleri A.Ş. vs. şirketler hakkında Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 2003/442 müferrik karar yolu 26.8.2003 tarihli kararı ile "4969 Sayılı Kanunun geçici 2. maddesi gereğince bankalar ve banka dışı mali kurumlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki kira-kasa mevcutları da dahil olmak üzere, hak ve alacaklarının dondurulmasına, her türlü mal, hak ve alacakların üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen kaldırılmasına, mal, kıymetli evrak, nakit ve diğer değerlerin zaptı ile bunların bir tevdi mahalline yatırılmasına ve hak ve alacakların üzerine diğer tedbirlerin konulmasına" şeklinde ihtiyati tedbir kararı verilmiştir. Tedbir kararının mahiyeti sadece aleyhlerine tedbir kararı verilen şirketlerin mal varlıklarının azaltılmasına yönelik rızai işlem ve eylemde bulunmalarını engelleyerek Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ile birlikte tüm ala-

cakların haklarının korunmasına yöneliktir. Bu hali ile şirketlerden alacaklı olanların cebri icra yolu ile alacaklarının tahsili için icra takibi yapmalarına engel değildir. Kaldığı tedbir kararının yasal dayanağı olan 4969 Sayılı Yasanın geçici 2. maddesinde de hakkında bu madde kapsamında tedbir kararı verilenler yönünden cebri icraya engel olacak bir hüküm de yoktur. Mahkeme kararına dayanak yapılan 4389 Sayılı Bankalar Kanununun 16/2. maddesi ise bankacılık izni kaldırılan bankalarla ilgili olup takipte İmar Bankası TAŞ taraf olmadığından anılan maddenin olayda uygulama yeri bulunmamaktadır. O halde mahkemece borçlunun şikayetinin reddine karar verilmesi gerekirken takibin durdurulmasına karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda vazih nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 03.05.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/6510 K: 2005/9748 T: 5.5.2005

İLAMLARIN İCRASI

• İNFAZ EDİLECEK BÖLÜMÜN AÇIK VE NET OLMASI

Özet: İlamların infaz edilecek bölümlerinin "yorum, tahmin ve takdir" yoluna gidilmeksizin anlaşılır biçimde açık ve net olması gerekir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüldüğü düşüldü:

İlamların infaz edilecek bölümleri hüküm bölümünde yer alan kısımlarıdır. Ancak, ilamla hükmedilse dahi hüküm bölümünün infazı kabil olması zorunlu olup yorum, tahmin, takdir yoluyla infaz kabiliyeti olmayan ilam hükmünün infazı sağlanamaz. Bu nedenle takip dayanağı ilamın hüküm bölümünün 5. bendinde yer alan (tarafaların talep ve kabulleri gereğince küçük Sina'nın yuva ve Semra'nın okul masraflarının davacı baba tarafından karşılanması)na ilişkin hükmün infaz kabiliyeti yoktur. (HGK.nun 8.10.1997 tarih ve 1997/12-517 E. -1997/776 K.) Zira, her zaman tek tarafı olarak temin edilebilecek okul taksitleri ve dersane ücretlerine ilişkin belgelere (kaldı ki ilamda dersane ücreti de yer almamak-

tadır.) dayanılarak (ayrıca alacak ilama bağlanmaksızın) ilamların icrası yoluyla takip yapılamaz. Açıklanan nedenlerle borçlu şikâyetinin kabulüne karar vermek gerekirken reddi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 05.05.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/12403 K: 2005/16113 T: 19.7.2005

TEMİNAT İPOTEĞİ

• TAKİP YAPMADAN ÖNCE DAVA AÇMA ZORUNLULUĞU

(İİK. m. 150/a)

Özet: *Teminat ipoteğinin verilmiş olması halinde, alacaklının genel mahkemede dava açıp alacağını miktar olarak belirlemeden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması olanaksızdır.^(*)*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı vekili tarafından borçlu hakkında 17.6.1999 tarihli ipotek belgesi dayanak yapılarak ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile adi takip başlatılmış ve adı geçene 152 örnek ödeme emri tebliğ edilmiştir. Borçlu tarafından yasal süresinde icra dairesine sunulan itiraz dilekçesinde dayanak ipotek belgesiyle hakkında takip başlatılamayacağı belgenin kesin borç (karz) ipoteği olmayıp, teminat ipoteği şeklinde düzenlendiği bu durumda alacaklının genel mahkemede dava açması gerektiği belirtilmiştir.

İncelenen ipotek akit tablosu içeriğine göre taraflar arasında (25.000.000.000.-TL bedelle akdi faiz üzerinden teminat ipoteği) tanzim edildiği görülmektedir. Bu şekli ile belirli bir borç miktarının akitte yazılı olmadığı görülmektedir. İİK'nın 150/a maddesi uyarınca taraflar arasında bir (*cari hesap veya işleyecek kredinin*) teminatı olarak kurulmuş ipoteğin varlığı halinde anılan madde çerçevesinde itirazın kaldırılması isteminde bulunulabilir. Somut olayda taraflar arasında cari hesap şeklinde

(*) Gönderen: Fazlı KADI "Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Üyesi"

işleyen bir kredi ilişkisinin mevcut olup olmadığı araştırılmamıştır. Böyle bir ilişkinin bulunmadığının saptanması halinde alacaklının dayanak teminat ipoteğinden dolayı genel mahkemede dava açıp alacağını miktar olarak belirlemeden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması mümkün değildir. Cari hesap ilişkisinin mevcut olması halinde ise, itirazın kaldırılması İİK'nın 150/a-1 maddesi hükmüne göre değerlendirilecektir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 19.07.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/20117 K: 2005/20219 T: 18.10.2005

KAMBIYO SENEDİ • İLAMSIZ TAKİP YAPILMASI • UYGULANACAK ZAMANAŞIMI KURALI

(TTK. m. 726)

Özet: Genel haciz yoluyla ilamsız takip yapılmış olması çekin Ticaret Kanunundan kaynaklanan niteliğini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle takibe Ticaret Kanununda belirlenen zamanaşımı kuralları uygulanmalıdır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüştülüp düşünüldü:

Takip dayanağı belge TTK'nın 692. madde koşullarında düzenlenmiş çek vasfındaki senettir. Alacaklının yasal süresi içerisinde genel haciz yoluyla takip yapması çekin vasfında etkili değildir. Bu nedenle uygulanacak zamanaşımı kurallarının da TTK'nın 726. maddesine göre belirlenmesi gerekir. Borçlunun İİK'nın 71/son maddesine dayanarak takibin kesinleşmesinden sonra özellikle 3.10.2003-3.3.2005 tarihleri arasında dosya işlemsiz bırakıldığından bahisle icranın geri bırakılması isteminin bu nedenle kabulüne karar vermek gerekirken, genel haciz yoluyla takip yapıldığından ve genel zamanaşımı uygulanacağı gerekçesiyle mahkemece sonuca gidilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK -366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 18.10.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/17544 K: 2005/21423 T: 8.11.2005

BORÇ İPOTEĞİ • AKİT TABLOSUNDA MİKTARIN BELLİ OLMASI • İPOTEĞİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ

(İİK. m. 153; MK. m. 875/2)

Özet: Akit tablosunda miktarı belirlenmiş olan borcun vadesinin gelmesi halinde, icra dairesine başvurularak ipoteğin paraya çevrilmesi istenebilir.

Kesin borç ipoteği ana para yanında gecikme faizini de güvence altına alır.^()*

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki alacaklılar vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

İcra İflas Kanunu'nun 153. maddesindeki koşulların oluşması halinde ipotek borçlusu ipoteğin çözülmesi için icra dairesine doğrudan başvurabilir. 15.05.1973 tarih ve 3177 yevmiye numaralı ipotek akit tablosunun incelenmesinde, ipoteğin, ipotek konusu taşınmazın satış bedelinden kalan 3.000 TL. için düzenlendiği ve karz ipoteği (*kesin borç ipoteği*) olduğu anlaşılmaktadır. Medeni Kanunu'nun 875. maddesi gereğince, kesin borç ipoteği, anapara yanında gecikme faizini de güvence altına alır. İcra Mahkemesince İİK'nın 153. maddesinde öngörülen koşulların oluşması halinde ipoteğin kaldırılmasına karar verilmesi gereklidir. O halde Mahkemece, ipoteğin yukarıda açıklanan niteliğine göre borçlu tarafından, Medeni Kanunu'nun 875/2. maddesinde yazılı olan gecikme faizi yatırılmadığı için istemin reddi yerine yazılı gerekçe ile ipotek kaydının terkinde yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 08.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(*) Gönderen: Fazlı KADI "Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Üyesi"

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2002/5380 K: 2002/7636 T: 24.06.2002****TAPU KAYDININ İPTALİ • SATIŞ BEDELİNİN GERİ ALINMASI
• DENKLEŞTİRİCİ ADALET KURALI**

Özet: Davacı şirket, davalı vakıflar idaresinden 15.08.1969 tarihinde satın aldığı taşınmazın mülkiyetinin Hazine tarafından açılan dava sonucunda 27.10.2000 tarihinde sona erdiğini ileri sürerek taşınmazın rayiç değeri olan (9.702.300.000.000) TL'sinin her iki davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiş, mahkemece de (9.680.935.595.923.) TL sini tahsiline karar verilmişse de;

Vakıf cinsi taşınmazın 2. Abdülhamit tarafından hastaneye tahsisi sonucu kamu malı olması nedeniyle davacı üzerindeki mülkiyetin iptali doğru olmakla birlikte, davacı lehine raiç değer üzerinden değil; denkleştirici adalet kurallarına göre taşınmazın davacıya satıldığı 15.08.1969 tarihindeki satış bedeli 2.048.340. liranın davacı adına olan tapunun iptal edildiği mahkeme kararının kesinleştiği tarih itibarıyla ulaştığı alım gücü çeşitli ekonomik etkenlerin enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artışların ortalaması alınarak bulunacak değere hükmedilmesi gerekir.

Petrol Ofisi A.Ş. vekili avukat ÇÖ vs. ile 1- İstanbul Maliye Hazinesi vekili avukat LD aralarındaki dava hakkında Üsküdar 4. Asliye Hukuk Hakimliğinden verilen 08.11.2001 tarih ve 73-1007 sayılı hükmün Dairenin 21.03.2002 tarih ve 12637-2938 sayılı ilamıyla onanmasına karar verilmişti. Süresi içinde taraflar avukatı tarafından kararın düzeltilmesi istenilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşuldu.

KARAR

Davacı, 296 ada 23 parsel numaralı taşınmazı davalı vakıflar idaresinden 15.08.1969 tarihinde satın alıp adına tapuya tescil ettirdiğini ve

27.10.2000 tarihine kadar mülkiyet hakkını sürdürdüğünü, ancak diğer davalı Maliye Hazinesi'nin açtığı tapu iptali ve tescil davası sonunda kendi adına olan tapunun iptal edildiğini, taşınmazın tapu kaydının iptalinde kendi kusurlarının bulunmadığını ileri sürerek taşınmazın raîç değeri olan 9.702.300.000.000 TL'nin her iki davalıdan birlikte tahsilini istemiştir.

Davalı Maliye Hazinesi kendilerine husumet yöneltilemeyeceğini savunmuş, diğer davalı vakıflar idaresi ise mahkemenin yetkisiz olduğunu, taşınmazın mahkeme kararı ile davacının elinden alınmasında sorumluluklarının bulunmadığını, satış yaptıkları anda taşınmazın mülkiyeti hususunda herhangi bir ihtilafın olmadığını, zamanaşımı süresinin de dolduğunu savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davalı Maliye Hazinesi'nin satım aktine taraf olmadığı için husumet düşmeyeceği, davalı vakıflar idaresinin, taşınmazın zapt tarihindeki değerinden, davacının elde ettiği semerelerin tenzili sonucu bakiye miktardan sorumlu olduğu gerekçesiyle, maliye hazinesi hakkındaki davanın reddine, 9.680.935.595.923 TL'nin yasal faiziyle birlikte davalı vakıflar idaresinden tahsiline karar verilmiştir.

Mahkeme hükmünün, davacı ve davalı vakıflar idaresinde temyiz üzerine dairemizin 21.03.2002 gün 2001/12637 esas 202/2938 karar sayılı ilamı ile onanmasına karar verilmiş, bu kez davacı ile davalı vakıflar idaresince karar düzeltme talebinde bulunulmuştur.

1- Davalı vakıflar idaresi, karar düzeltme dilekçesinde dairemizin onama ilamında ismi bulunan daire başkanı ve üyelerinin tümünü reddetmiştir. Davalının bu talebi mahiyeti itibariyle toplu red istemi niteliğindedir. Yargıtay Kanunun 39/son maddesinde “*daire ve kurulların toplantılarını engelleyen toplu ret istemleri dinlenmez*” hükmü mevcuttur. Davalının toplu ret isteminin dairemizin toplantısını engelleyen nitelikte bulunduğu anlaşılmakla, davalı vakıflar idaresinin onama kararında ismi bulunan daire başkanı ve üyelerin reddine dair isteminin reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre davacının tüm, davalı vakıflar idaresinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan karar düzeltme itirazlarının reddi gerekir.

3- Dava konusu taşınmazın 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahrir Kanunu gereğince davalı vakıflar adına vakfiyeye dayanılarak tespit ve tescil edildiği, vakıflar idaresi tarafından 15.08.1969 tarihinde davacı Petrol Ofisi Genel Müdürlüğüne satıldığı ancak davalılardan maliye hazinesinin açtığı tapu iptali ve tescil davası sonucu taşınmazın tapusunun iptal edilerek hazine adına tescil edildiği, dosya içerisinde karşı çıkılmayan belgeler ile celbedilen dava dosyalarından anlaşılmaktadır. Davacı taşınmazın zapdedilmesi nedeniyle davalıların zapta karşı tekeffül hükümlerine göre

sorumlu olduğunu ileri sürerek ikame değerinin ödetilmesini istemiştir. Davalı vakıflar idaresi ise tapu kaydının mahkeme kararıyla iptal edildiğini kendisine izafe edilecek bir kusur bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini dilemiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık açıklanan bu yönlerden kaynaklanmaktadır. Dava konusu taşınmaz vakıf taşınmazı iken, 2. Abdülhamit zamanında padişah iradesiyle Hastaneye tahsis edildiği dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. Tahsis keyfiyeti, padişahın iradesine iktiran ettiğinden kanun mahiyetindedir. Hastaneler ise 3402. sayılı kanunun 16. maddesine göre kamu malı niteliğindedir. Yargıtay'ın öteden beri sapma göstermeyen kararlarına göre, özel mülk olarak tescile tabi olmayan bir taşınmazın her nasılsa özel mülk olarak tapuya tescil edilerek hakkında sicil oluşturması, bu yerin özde tescile tabi bulunmayan yerlerden olduğuna ilişkin hukuksal niteliğini değiştirmez. (Hukuk Genel Kurulu 22.02.1990 gün 1989/1-700 esas 1998/101 karar ve 18.10.1989 gün 1989/1-419 esas 1989/528 karar) Az yukarıda açıklanan hükümler gözetildiğinde, hiçbir kimse taşınmazın öncesinin kamu malı olmadığını bilemeyeceğini, dolayısıyla iyi niyetli olduğunu ileri süremez. Bu hale göre olayda, MK'nun 931. maddesindeki tapu sicili itimat prensiplerinin de uygulama olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle, taşınmazın davacıya satıldığı tarihte onun özünde yatan özel mülke konu olmayan yerlerden olduğunun, alan ve satan tarafından bilinmesi yasa hükmü gereğidir. Kamu mallarının özel mülk olarak devir ve temlikleri hukuken sonuç doğurmaz.

Başka bir anlatımla taraflar arasında yapılan taşınmaz ile ilgili sözleşme geçersiz olup bu sözleşme taraflarına herhangi bir hak bahşetmez. Ne var ki geçersiz satışlarda dairemizin sapma göstermeyen kararlarında herkes aldığını aynı anda iade ile mükelleftir. Taşınmazın tapu kaydı hazine tarafından açılan tapu iptal ve tescil davası sonucu iptal ettirildiğine göre davacının iade borcu ortadan kalkmıştır. Ancak davacı satış sırasında ödediği satış bedelini sebepsiz zenginleşme kurallarına göre davalıdan isteyebilir. Bunun kapsamının belirtilmesinde ise aşağıda belirtilen denkleştirici adalet kurallarının gözden uzak tutulmaması gerekir.

Ne varki hukuken geçersiz sözleşmeden kaynaklanan bu nitelikteki bir uyuşmazlığın haksız iktisap kurallarına göre çözümlenip tasfiye edilebilmesi için öncelikle haksız iktisabın kapsamını tespitteki ilke ve esasların açıklanmasında zaruret vardır.

Geçerli bir sebebe dayanmaksızın bir kişinin mal varlığından diğerinin mal varlığına kayan değerlerin eksiksiz iadesi denkleştirici adalet düşüncesine dayanır. Denkleştirici adalet ilkesi ise, haklı bir sebep olmaksızın başkasının mal varlığından istifade ederek kendi mal varlığını artıran kişinin elde ettiği bu kazanım geri verme zorunda olduğunu ve gerçek bir eski hale getirme yükümlülüğü bulunduğunu ifade eder.

Bilindiği gibi ülkemizde yaşanan enflasyon uzun yıllar boyu yüksek oranlarda seyretmiş ve paramızın değeri (*alım gücü*) de bununla ters orantılı olarak devamlı düşmüştür. Belli bir miktar paranın verildiği tarihteki alım gücü ile aynı miktar paranın aradan geçen zamana bağlı olarak iade günündeki alım gücünün farklı ve çok daha az olduğu bir gerçektir.

Bu güne kadar uygulanan kurallara göre geçersiz sözleşme gereğince alıcının akit tarihinde verdiği paranın aynı miktarda iadesine karar verilmesi, gerçek hayatta büyük sarsıntılara, tutarsızlıklara, adalete karşı var olması gereken güvenin sarsılmasına neden olmuş, kamu vicdanında haklı eleştiri konusu yapılmıştır. Hukuk kuralları, gerçek hayata uygun olduğu, toplumun adalet ihtiyacına cevap verebildiği sürece hayatîyetini devam ettirip saygınlık sağlar ve hukuk kuralı olma özelliğini korur. O nedenle hukuk kuralları, görevli organlarca değiştirilince bu konuda yeni düzenlemeler yapıncaya kadar zedelenmeden gerçek hayata çağın gereklerine uygun olarak yorumlanıp uygulanmalıdır. Bu gereğin ise yargıya ait olduğunda duraksamaya yer yoktur. Nitekim gerek Yargıtay kararlarında ve gerekçe öğretide bu görüşe paralel düşünceler bulunmaktadır.

Akit öncesi sorumluluk kurallarının geçersiz sözleşmelerde de uygulanması gerektiği, geçersiz sözleşmelerden dolayı olumsuz zararın istenebileceği, bu zarar kapsamında kaçırılan fırsat karşılığının da bulunduğu, olumsuz zararın bazı özel durumlarda olumlu zarar kadar daimi olabileceği, MK'nın 2. maddesine göre akdin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği hallerdeki zarar kavramları, hep bu zaruretin sonucu ortaya konulan düşüncelerdir. Yargının asıl görevi toplumun huzurunu sağlamaktır. Bunun için uygulanması gereken kurallar mevcut yasaların ışığında bu yasa hükümlerine aykırı düşmeyecek şekilde yorumlanıp uygulanmalıdır.

Hukuken geçersiz sözleşmeler, haksız iktisap kuralları uyarınca tasfiye edilirken, denkleştirici adalet kuralı hiçbir zaman gözardı edilmemelidir. Bu husus hakkaniyetin ve adaletin bir gereğidir. Bu bakımdan iadeye karar verilirken, satış bedeli olarak verilen paranın alım gücünün ilk ödeme tarihindeki alım gücüne ulaştırılması ve bu şekilde iadeye kararı verilmesi uygun olacaktır. Aksi takdirde kısmi iade durumu oluşacak, iade dışındaki zenginleşme iade borçlusu yedinde haksız zenginleşme olarak kalacak, iade borçlularının iadede direnmelerine neden olacaktır.

Yukarıda açıklanan ilke ve esaslara göre mahkemece taşınmazın davacıya satıldığı 15.08.1969 tarihindeki satış bedeli 2.048.340 liranın davacı adına olan tapunun iptal edildiği mahkeme kararının kesinleştiği tarih itibarıyla ulaştığı alım gücü çeşitli ekonomik etkenlerin (*enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artış, maaş artışları vs. gibi*) ortalamaları alınarak, açıklamalı gerekçeli, taraf ve yargıtay denetimine elverişli bilirkişi raporu alınarak belirlenmeli ve bu miktara

hükmedilmesi gerekirken, taşınmazın rayiç bedelinin tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, hükmün bu nedenle bozulmasına gerekirken zuhulen onandığı bu defa yapılan inceleme ile anlaşıldığından davalının karar düzeltme isteminin kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: 1. bentte açıklanan nedenlerle davalı Vakıflar idaresinin toplu reddi hakim isteminin reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle davacının tüm, davalının sair karar düzeltme istemlerinin reddine 3. bentte açıklanan nedenlerle davalının karar düzeltme isteminin kabulüne dairemizin 21.03.2002 tarih ve 2001/12637 esas 2002/2938 karar sayılı onama kararının kaldırılmasına, mahkeme hükmünün BOZULMASINA, 24.06.2002 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2003/5249 K: 2003/9236 T: 04.07.2003

KİRA İLİŞKİSİNDE “ANAHTAR TESLİMİNİ” KANITLAMA YÖNTEMİ

Özet: Kira sözleşmesinde anahtar teslimi hukuki bir işlem olup yasal delillerle kanıtlanmalıdır. Başka bir deyişle maddi bir olgu olmayan anahtar teslimi tanıkla kanıtlanamaz.^(*)

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşuldu düşünüldü.

KARAR

Davacı, 15.11.1999 tarihli sözleşme ile kiracı olup, 1000 Dolar depozito verdiğini, mecuru 31.12.2000 tarihinde boşaltacağına dair davalı kiralayana 22.12.2000 tarihli ihtar çektiğini ve mecuru boş ve hasarsız olarak 31.12.2000 tarihinde boşaltarak, anahtarı davalının gelinine bıraktığını, davalının depozitonun iadesi için başlatılan icra takibine itiraz ettiğini ve Ocak 2001 ve devamı aylar kiralari için de icra takibinde bulunduğunu ileri sürerek, depozitin iadesi için başlatılan icra takibine itirazın

(*) Gönderen: Erdoğan Gökçe, Emekli Fatih Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıcı

iptalini ve davalının kira paralarının tahsili için başlattığı icra takibi sebebiyle borçlu olmadığının tespitini istemiştir.

Davalı, kira sözleşmesinin tek taraflı feshinin mümkün olmadığını; süresinde feshi ihbarda bulunmadığını, kaldı ki anahtarın da kendisine teslim edilmediğini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, tanık beyanlarına göre mecurun anahtarının davalının gelinine teslim edildiğinin kabulü ile mecurun 3 ayda yeniden kiraya verilebileceğinden depozitonun tahsili için başlatılan icra takibine itirazın iptaline ve davalının kira paralarının tahsili için başlattığı icra takibi sebebiyle davacı kiracının 3 aylık kira bedeli olan 656.250.000 TL. Dan borçlu olduğuna karar verilmiş; hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacının, davalıya ait mecurda 15.11.1999 tarihli ve 1 yıl süreli kira sözleşmesi ile kiracı olduğu, sözleşmenin 1 yıl sonra yasal süresinde feshedilmediği için yenilenmiş olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Davacı, anahtarı teslim ettiğini ileri sürmüş ise de bu iddiasını yasal delillerle ispatlayamamıştır.

Anahtar teslimi hukuki bir olgu olup, yasal delillerle ispatlanmalıdır. Maddi bir olgu olmadığından anahtar teslimi tanıkla ispatlanamaz. Bu halde, kiracılık ilişkisi devam ettiğine göre davalı kiralayan depozitoyu elinde tutabilir ve anahtar teslimine kadar geçen aylar kirasını isteyebilir. Açıklanan nedenlerle davacının açmış olduğu her iki davanın da reddine karar vermek gerekirken aksine düşüncelerle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davalı yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 04.07.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/3099 K: 2005/7638 T: 5.5.2005****KİRA İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ • TAŞINMAZIN BOŞALTILMASI
• İSPAT YÜKÜMÜ**

Özet: Gerçek ve yöntemine uygun tahliye eden sözedilebilmesi için, taşınmazın boşaltılıp anahtarının kiralayana teslim edilmesi gerekir.

Taşınmazı tahliye ettiğini ve anahtarı hangi tarihte teslim ettiğini kiracı ispatlamakla yükümlüdür.^()*

Taraflar arasındaki menfi tesbit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, 5.2.1999 başlangıç tarihli 5 yıl süreli kira sözleşmesi ile kiracısı olduğu taşınmazı 4.10.2001 tarihli ihtarnameden sonra boşalttığını, davalı kiralayanın kira karşılığı olmak üzere verilen senetleri iade etmeyip takibe koyduğunu öne sürerek, davalının başlattığı Mersin 5. İcra Müdürlüğünün 2002/2698 esas sayılı takip dosyası nedeniyle 1.601.000.000 TL borçlu olmadığının tesbitine ve takibin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, anahtar teslim edilmediğini bildirerek, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davacının borçlu olmadığının tesbiti ile takibin iptaline karar verilmiş; hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı kiracı, sözleşmeye uygun olarak üç ay önceden davalı kiralayana feshi ihbarda bulunup mecuru tahliye ettiğini iddia etmiş, davalı ise mecurun ve anahtarının kendisine teslim edilmediğini' tahliyenin gerçekleşmediğini savunmuştur. Taraflar arasındaki ihtilafın halli için tahliyenin gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşmiş ise hangi tarihte gerçekleştiğinin belirlenmesi gerekir. Taşınmazı tahliye ettiğini ve anahtarı hangi tarihte teslim ettiğini kiracı ispatla yükümlüdür.

Gerçek ve usulüne uygun tahliyeden bahsedilebilmesi için kiracının tahliye edeceğini ihtarla bildirmiş olması yeterli değil, aynı zamanda taşınmazı boşaltıp anahtarını da kiralayana teslim etmesi gerekir. Hukuki

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL "Mersin Barosu"

bir teslimden bahsedilebilmesi için bu hususun yerine getirilmesi şarttır. Mahkemece bu konu üzerinde hiç durulmamış ve araştırma yapılmamıştır. Öncelikle davacıdan tahliye ile ilgili delilleri sorulmalı, varsa davalıdan karşı delilleri istenmeli, tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir.

Mahkemece yukarıda açıklanan şekilde inceleme ve araştırma yapılmaksızın yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan gerekçe ile temyiz olunan kararın davalı yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 5.5.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/18771 K: 2005/9803 T: 9.6.2005

ÖZEL EĞİTİM HİZMETİ • TÜKETİCİ MAHKEMESİNİN GÖREV ALANI

(4822 SK. m. 3, 23)

Özet: Bir ücret karşılığında özel eğitim hizmeti veren kişi ile bu hizmetten yararlanan tüketici arasında eğitim hizmeti satımından kaynaklanan bir hukuki ilişki bulunduğu kabul edilmelidir.

Hal böyle olunca, taraflar arasındaki uyuşmazlığa bakmaya tüketici mahkemesi görevlidir.^(*)

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davalı O Denizcilik Hiz. Ltd. Şti. avukatı tarafından duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı şirket yetkilisi Hİ ve vekali avukat HİL gelmiş, davacı adına gelen olmadığından onun yokluğunda duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL "Mersin Barosu"

KARAR

Davacı, denizcilik eğitimi almak üzere davalılara başvurduğunu, 1 yıllık hazırlık sınıfını başarıyla tamamladığı halde davalı tarafça hiçbir neden gösterilmeden 1. sınıfa kaydının yapılmadığını, eğitim amacıyla Yalova'dan Mersin'e gelip ev tutup eşya getirdiğini, masraf yaptığını, üzüntü duyduğunu ileri sürerek 2.000.000.000 TL maddi, 2.000.000.000 TL manevi tazminata karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davanın reddini savunmuş, davacının eğitim ücretini eksik ödediğini ileri sürerek 100.000.000 TL manevi tazminat ile 815.947.500 TL alacağın tahsili için karşı dava açmışlardır.

Mahkemece, asıl davanın davalı R Denizcilik Eğitim Merkezi yönünden husumetten reddine, davalı O Ltd. Şti. yönünden kısmen kabulü ile 1.300.000.000 TL maddi, 750.000.000 TL manevi tazminatın tahsiline, karşı davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş; hüküm, davalı O Denizcilik Hizmetleri Ltd. Şti. tarafından temyiz edilmiştir.

1- 4822 Sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3. maddesinde Kanunun uygulanmasıyla ilgili tanımları yapıp bu arada "*Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet hizmet, Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek yada tüzel kişiyi tüketici kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri*" satıcı olarak tanımlamıştır. Aynı yasanın 23. maddesinin 1. fıkrasında ise "*Bu kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır*" hükmüyle, kanunun uygulanmasından doğacak ihtilaflara bakacak" görevli mahkeme belirtilmiştir.

Somut olay değerlendirildiğinde, davacı tüketiciler ile davalı satıcı arasında eğitim hizmeti satımından kaynaklanan bir uyuşmazlık bulunduğu anlatılmaktadır. Hal böyle olunca, "*sözü edilen yasanın 23. maddesi hükmü*" gereğince davaya bakmaya tüketici mahkemesi görevlidir. Mahkemece, tüketici davalarına bakmakla görevli ayrı bir tüketici mahkemesi var ise görevsizlik kararı verilmesi, yok ise davaya tüketici "*mahkemesi*" sıfatıyla bakılması gerekirken, davanın esasına girilerek hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

2- Bozma nedenine göre davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Birinci bentte açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın davalı yararına BOZULMASINA, ikinci bentte açıklanan nedenlerle davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, 400 YTL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 9.6.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/5257 K: 2005/12386 T: 15.7.2005****OTEL ODASINDA HIRSIZLIK • OTEL İDARESİNİN SORUMLULUĞU**

(BK. m. 478, 99, 479)

Özet: Sözleşmenin kuruluş aşamasında, “borçlunun hile veya ağır kusurundan sorumlu olmayacağını” belirleyen kural geçerli değildir.

Otel müşterisi uyurken odasına anahtar uydurulmak suretiyle hırsızlık yapılmasında anahtarın konaklayan ve otel idaresi dışında hiç kimsede bulunmaması gerektiğinden, otel idaresinin ağır kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle konaklama belgesinde değerli eşya ve paranın kaybindan otel idaresinin sorumlu olmayacağını belirleyen kural geçersizdir.^(*)

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraflar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalıya ait otelde konakladığını, gece odasında uyuduğu sırada, anahtar uydurulmak suretiyle odaya girilip pantolonundan cüzdanı ile birlikte 1250 doları 600.000.000 TL’lik cep telefonu ve kredi kartlarının . çalındığını belirterek toplam 3.350.000.000 TL. zararının olay tarihinden itibaren faizi ile tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacının imzası bulunan konaklama belgesinde, müşteriler için ücretsiz tahsis edilen kasalardan faydalanabileceği, aksi halde sorumluluktan berat kaydı konduğunu, bu nedenle sorumlu olmadıkları gibi davacının zararını ispatlaması gerektiğini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davacının, para ve eşyalarını makbuz mukabilinde otel kasasına teslim etmemesi nedeniyle bunların bedelini isteyemeyeceği, ancak davalıya ait otelde böyle bir olayın meydana gelmesi nedeniyle davanın sorumlu olduğu, BK 478. maddesi gereğince takdiren 100 TL’nin fai-

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL “Mersin Barosu”

zi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş, karar taraflarca temyiz edilmiştir.

1-Davacının davalıya ait otelde konakladığı gece kapalı kapıya anahtar uydurulmak suretiyle odaya girilip, kıymetli eşyalarının çalındığı, davacının imzasını içeren belgesinde, odalarda bırakılan para ve değerli eşyaların kaybindan otel ve idaresinin sorumlu olmayacağı, emniyet kasa-larının misafirler için resepsiyonda ücretsiz olarak tahsis edildiğinin be-lirtildiği toplanan delillerden anlaşıldığı gibi bu hususlar tarafların da ka-bulündedir.

Davalı, konaklama belgesinde sorumluluktan berat şartı olduğu için sorumlu olmadığını savunmuştur. BK'nın 99. maddesi "*Hile veya ağır ku-sur halinde duçar olacağı mesuliyetten borçlunun iptidaen beraatını ta-zammun edecek her şart batıldır*" düzenlemesini getirmiştir. Konaklama belgesi hırsızlık olayından önce düzenlenmiştir. Yukarıda belirtildiği üze-re davacının odasına uyurken anahtar uydurulmak suretiyle hırsızlık ya-pılmasında anahtarın konaklayan ve otel idaresi dışında hiç kimsede bu-lunmaması gerektiğinden davalının ağır kusurlu olduğunun kabulü gere-kir. Bu nedenle konaklama belgesindeki değerli eşya ve paranın kaybın-dan davalının sorumlu olmayacağına ilişkin hüküm hukuki sonuç doğur-maz.

Öte yandan BK 478 ve 479. maddeleri gereğince davalı hırsızlığın vu-kuunu önlenmek için gerekli tedbirleri aldığını, kendisine isnadı kabil bir kusur bulunmadığını ispat edemediğine ve kusurlu olduğuna göre dava-cının oluşan zararının tamamından sorumludur. Mahkemece davacının gerçek zararı araştırılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekir-ken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma ne-denidir.

2-Yukarıda açıklanan bozma nedenine göre bu aşamada davalının temyiz itirazının incelenmesi gerek görülmemiştir.

SONUÇ: (1) nolu bentte gösterilen nedenle kararın davacı lehine BO-ZULMASINA, (2) nolu bentte gösterilen nedenle davalının temyiz itirazla-rının incelenmesine gerek olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesi-ne, 15.7.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/7703 K: 2005/13177 T: 13.09.2005****AYNEN TESLİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ
• EŞYA BEDELİNİN ÖDENMESİ DAVASI***(BK m. 107)*

Özet: *Aynen teslim borcunun konusunu oluşturan eşyanın teslim edilmesini istemini içeren ihtarnamenin borçluya gönderilmesinden sonra, borçlunun söz konusu eşyayı vermemesi karşısında, borçluya yeni bir süre verilmeksizin doğrudan doğruya eşya bedelinin ödenmesi davası açılabilir.^(*)*

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmiş ise de miktar itibarıyla reddiyle dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, dava dışı nişanlısı ile birlikte davalının açtığı “YÜZÜKTAŞI” isimli yarışma programına katılıp, birinci olduklarını, yarışmada vaad edilen Simbo marka fırın ve salon takımının hiç verilmediğini, 12 m2 Darbaz marka halı yerine de 6 m2 kalitesi düşük bir halı verildiğini, bunu da kabul etmediğini nişanlısı ile evliliklerinin gerçekleşmesi nedeniyle bu eşyaların aynen tesliminde hukuki yararlarının kalmadığını ileri sürerek anılan eşyaların bedellerinin tespiti ile tespit edilen değerin tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, Simbo marka fırının hazır olduğu bildirilmesine rağmen davacının teslim almadığını, sunucunun halıyı yanlışlıkla 12 m2 olarak anons ettiğini, gerçekte 6 m2 olduğunu, salon takımını en kısa zamanda teslim edeceklerini, davalının mal bedelini değil, aynen iade talebinde bulunabileceğini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davacının davalıya ihtarname çekip uygun süre vermeden aynen ifaden vazgeçip seçimlik hakkını bedel isteme yönünde kullanamayacağı davalının da vaad ettiği hediyeleri vermeye hazır olduğunu kabul ettiği gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

(*) Gönderen, Av. M. Ziya ZENT

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle davalının davacının ihtarnamesine dava tarihinden önce 25.07.2003 tarihinde verdiği cevabı yazısında mikro dalga fırını vermeye hazır olduğunu bildirmesine karşın davacının bu eşyayı almayarak temerrüde düştüğünün anlaşılmasına göre sair temyiz itirazların reddi gerekir.

2- Davacının davalının açtığı yarışma programına 23.05.2003 gününde katılıp davasına konu ettiği yatak odası takımı ile 12 m2 Darbaz marka halıyı kazandığında 15.07.2003 tarihinde gönderilen ihtarnameye rağmen bu eşyaların teslim edilmediğinde, uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık, davacının bedel yönünden taapte bulunup bulunamayacağına ve 12 m2 Darbaz halının el dokuması ya da makine halısı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki davacı davalıya gönderdiği 15.07.2003 tarihli ihtarnamesinde kazanılan eşyaların 7 gün içinde teslim edilmesini aksi halde yasal yollara başvuracağını bildirmiş olmasına ve bu ihtarnamesinden sonra uzun süre bekleyip 09.01.2004 gününde iş bu davasını açmış bulunmasına rağmen davalı bu iki kalem eşya yönünden edimini yerine getirmemiştir. Bu durumda BK 107 maddesi hükmünde gözönünde bulundurulduğunda davalıya bedel yönünden yeni bir ihtarname gönderip, süre verilmesinin anlam ve gereği yoktur. Davacının teslim edilmeyen halı ve salon takımı yönünden bedel istemesini engelleyen bir yasal düzenleme yoktur. Diğer taraftan kazanılan 12 m2 halı taahhüdü bulunmamaktadır. Dosya içerisindeki tarihsiz darbaz Halı AŞ yazısında kazanan tüm yarışmacılara makine yapımı halı verildiği belirtilmiş, davacı bu yazıya karşı çıkmamıştır. Hal böyle olunca bu iki kalem eşya yönünden davacının talebi ve dosya içerisindeki 18.08.2004 tarihli karşı çıkılmayan bilirkişi raporundaki değerlerde gözönünde bulundurularak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda birinci bentte belirtilen nedenle davacının diğer temyiz itirazlarının reddine ikinci bentte belirtilen nedenle temyiz olunan kararın davacı yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 13.09.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/5475 K: 2004/9296 T: 30.12.2004****SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİNİN GERÇEKLEŞME OLANAĞI****• İMAR PLANLARI***(3194 SK. m. 18/son)*

Özet: *Bir taşınmazda pay sahibi olan kimsenin payını satış vaadi sözleşmesiyle satabilmesinin geçerliliği; taşınmazın bulunduğu alanla ilgili olarak 3194 sayılı İmar Kanununun 18/son maddesi uyarınca uygulama imar planı yapılmış olmasına bağlıdır.*

Bu nedenle ve öncelikle uygulama imar planı bulunup bulunmadığı araştırıldıktan sonra ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Davacılar vekili tarafından, davalı aleyhine 10.1.2003 gününde verilen dilekçe ile satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil istenmesi üzerine yapılan duruşma sonunda; davanın kabulüne dair verilen 2.10.2003 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi davalı tarafından istenilmekle sürecinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesine dayalı iptal ve tescil istemine ilişkindir.

Satış, davalının 1300/36618 payı bulunan 1151 ada 73 parselden pay devri suretiyle yapılmıştır. Üsküdar Belediyesinin yanıtına göre, 73 parselin bulunduğu bölgede koruma amaçlı imar planları yapıldığı, dava konusu 73 parselin bu planlarda kısmen park, kısmen yol, kısmen konut alanında gösterildiği anlaşılmaktadır. Görülüyor ki, 73 parsel sayılı taşınmazın bulunduğu yerde uygulama imar planları yapılmamıştır. Hal böyle olunca taraflar arasındaki gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin 3194 sayılı İmar Yasasının 18/son maddesinde sayılan sınırlamalar içinde bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. Bu hükümde her ne kadar imar planı olmayan yerlerdeki yapılaşmaya yönelik arsa ve parselleri hisselerle ayıracak satış vaadi sözleşmeleri yapılamayacağından söz edilmiş ise de, Hukuk Genel Kurulu'nun 03.02.1993 tarih, 688-30 sayılı kararında de-

ğınildiği üzere anılan madde ile getirilen sınırlama tamamen imar planı uygulamasına geçilmeyen yerlerdeki çarpık yapılaşmayı önleme amacı ile ilgilidir. Daha açığı, bir yerde onaylı uygulama imar planı yoksa bu alanlarda yasadaki ayrık durumlar hariç her türlü yapılaşma amacıyla arsa ve parsellerin hisselerine bölünerek, somut uyuşmazlıkta olduğu gibi-biçimine uygun olsa da satış vaadi sözleşmeleri ile satımı olanaksızdır. Mahkemece 3194 Sayılı Yasanın 18/son maddesine aykırı biçimde satın alınan bağımsız bölümlere arsa payı tayin ettirilerek tescil isteminin arsa paylarına hasren kabulü doğru olmadığından karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukanda açıklanan nedenlerle, hükmün BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde yatırana iadesine, 30.12.2004 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E: 2004/9330 **K:** 2005/1649 **T:** 8.3.2005

TAPU TAHSİS BELGESİNİN İŞLEVİ

(3194 SK. m. 18; 3290 SK.)

Özet: Dava, mülkiyeti davalı Vaktflar Genel Müdürlüğüne ait 249 ada 4 parsel sayılı taşınmazın 188.90m²'lik kesimi için 1994 yılında tapu tahsis belgesi verilmesi ve taşınmazın bulunduğu yerde ıslah-imar çalışmaları yapılarak tahsis edilen 3012 ada 4 parsel sayılı taşınmazda kaldığı iddiasıyla tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

Davacıların tescil isteğinin dayanağını oluşturan tapu tahsis belgesi hukuki yönden geçerliliğini korumakta olup, bilirkişi raporu ile de tahsise konu yerin imar planında konut alanında kaldığı saptanmıştır.

Ancak, tahsis bedelinin ödenmediği anlaşıldığından, bilirkişi aracılığı ile saptanacak rayiç değer depo ettirilmesi, düzenleme ortaklık payı oranında davacılara yapılan tahsis miktarından indirim yapıldıktan sonra kalan miktarın paylı mülkiyet olarak davacılar adına tesciline karar verilmesi gerekir.

Davacılar vekili tarafından, davalı aleyhine 8.11.2000 gününde verilen dilekçe ile tapu tahsis belgesine dayalı tapu iptali ve tescil istenmesi

üzerine yapılan muhakeme sonunda; davanın reddine dair verilen 28.9.2004 günlü hükmün Yargıtayca duruşmalı olarak incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmekle, tayin olunan 8.3.2005 günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davacılar vekili gelmedi. Karşı taraf davalı idare vekili Av. MP geldi. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelenlerin sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmanın bittiği bildirildi. İş karara bırakıldı. Bilahare dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, tapu tahsis belgesine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Hukuk Genel Kurulu'nun 4.12.1996 tarihli ve 1996/14-763-864 sayılı kararında da belirtildiği gibi, tapu tahsis belgesi bir mülkiyet belgesi olmayıp yalnızca fiili kullanmayı belirleyen ve ilgisine kişisel hak sağlayan bir zilyetlik belgesidir. Tapu tahsis belgesinin varlığı tahsis edilen yerin adına Tahsis yapılan kişi veya mirasçıları adına tescili için yeterli değildir. Tahsis kapsamındaki yerin hak sahibi adına tescil edilebilmesi için;

Hukuki yönden geçerliliğini koruyan bir tapu tahsis belgesinin bulunması,

Tahsise konu yerde 3194 Sayılı Yasanın 18. maddesi uyarınca imar planı veya 3290 Sayılı Yasa ile değişik 2981 Sayılı Yasa uyarınca ıslah-imar planlarının yapılmış olması,

İlgilisine, tapu tahsis belgesi gereğince bir başka yerden tahsis yapılmamış olması.

Tahsise konu yerin kamu hizmetine ayrılmamış ve imar planına göre konut alanında kalmış olması,

Tahsise konu yer ile tescili istenilen taşınmazın aynı yer olup olmadığı ve taşınmazın niteliklerinin belirlenmesi amacıyla mahallinde uzman bilirkişiler aracılığı ile keşif yapılması.

Tahsise konu arsa bedelinin ödenmiş olması, ödenmemiş ise taşınmazın dava tarihindeki rayiç değerinin uzman bilirkişiler aracılığı ile saptanarak hükümden önce mahkeme veznesine veya belirlenecek tevdi mahalline depo edilmiş olması.

İmar parsellerinin oluşturulması sırasında, şuyulandırmaya tabi tutulan parselden 3290 Sayılı Yasa ile değişik 2981 Sayılı Yasanın 18/b-c maddesi uyarınca düzenleme ortaklık payı kesilip kesilmediğinin, kesilmiş ise uygulanan oranın saptanması gerekir,

Mahkemece yukarıda belirtilen koşullar doğrultusunda yapılacak inceleme sonucunda, tescil isteğinin kabulü için yasal koşulların olduğu kabul edildiği takdirde, 3290 Sayılı Yasa ile değişik 2981 Sayılı Yasanın 10/C-2 maddesi gereğince tahsise konu yerde uygulanan düzenleme ortaklık payının davacıyı da bağlayıcı nitelikte olduğu dikkate alınarak tah-

sis miktarından bu oranda yapılacak indirimden sonra kalan miktarın tesciline karar verilmelidir.

Bu ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında;

Davacılar, mülkiyeti davalı idareye ait 249 ada 4 parsel sayılı taşınmazın 188.90 metrekarelik kesimi için 1994 yılında tapu tahsis belgesi verildiğini, taşınmazın bulunduğu yerde ıslah-imar çalışmaları yapılarak tahsis edilen taşınmazın 3012 ada 4 parsel sayılı taşınmazda kaldığını ileri sürerek tapu iptali ve tescil istemişlerdir. Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacılara 188.90 metrekarelik yerin tahsis edildiğini, ıslah-imar sonucu oluşan 3012 ada 4 parsel sayılı taşınmazın 238.88 metrekare olduğunu, davacılara davalı Vakıflar İdaresi ile müşterek mülkiyet hükümlerine göre paylı tapu verilmesinin mümkün olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmü, davacılar vekili temyiz etmiştir.

Davalı Vakıflar Genel Müdürlüğüne ait 249 ada 4 parsel sayılı taşınmazdan 188.90 metrekarelik kesim için Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından 7.10.1994 tarihinde davacılara tapu tahsis belgesi verilmiştir. Tahsise konu yerde 3290 Sayılı Yasa ile değişik 2981 Sayılı Yasa uyarınca yapılan ıslah-imar uygulamaları neticesinde, tahsis edilen yerin imar parseli olarak davalı idare adına tescil edilen 238.88 metrekare yüzölçümlü 3012 ada 4 parsel sayılı taşınmazda kaldığı, 188.90 metrekarelik kesiminin davacılara tahsis edildiğinin tapunun beyanlar hanesine şerh edildiği anlaşılmıştır.

Davacıların tescil isteğinin dayanağını oluşturan tapu tahsis belgesi hukuki yönden geçerliliğini korumakta olup, bilirkişi raporu ile de tahsise konu yerin imar planında konut alanında kaldığı saptanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden ve davacı beyanlarından tahsis bedelinin ödenmediği anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda taşınmazın uzman bilirkişiler aracılığı ile saptanan dava tarihindeki rayiç değerini depo etmeleri için davacılara önel verilecek, bu bedel depo edildiği takdirde 3290 Sayılı Yasa ile değişik 2981 sayılı yasanın 10/c-2 maddesi uyarınca tahsise konu yerde uygulanan düzenleme ortaklık payı oranında davacılara yapılan tahsis miktarından indirim yapıldıktan sonra kalan miktarın paylı mülkiyet olarak davacılar adına tesciline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiş ve hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda yazılı nedenlerle, davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin yatırılan temyiz harcının istek halinde yatırana iadesine, 8.3.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi^(*).

(*) Bu kararın karar düzeltme istemi Y. 14. HD'nin 06.06.2005 gün ve 2005/4032 E ve 2005/5205 K sayılı kararı ile reddedilerek onanmıştır.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/7861 K: 2005/1852 T: 14.3.2005****İRTİFAK HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ • ZORUNLU YANGIN
MERDİVENİ İNŞASI***(TMK. m. 779)*

Özet: Davacı, kendisine ait 10 parsel lehine, 49 parsel aleyhine olmak üzere (zorunlu yangın merdiveni inşası için irtifak hakkı kurulmasını) talep etmiştir.

İrtifak hakkı bir taşınmaz üzerinde başka bir taşınmaz yararına yüklenmiş bir yük olup, yük yüklenilen taşınmazın maliki irtifak hakkına sahip olan kimsenin o yeri kullanmasına ve başka bazı tasarruflarda bulunmasına rıza göstermesini veya mülkiyet hakkını kullanmaktan çekinmesini zorunlu kılar. Mahkemece uyuşmazlığın TMK'nın 779 ve devam eden maddelerde gösterilen yöntemle uygun giderilmesi gerekirken davanın (geçit hakkı tesisi davası gibi nitelenerek) hüküm kurulması doğru değildir.^(*)

Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine 25.2.2003 gününde verilen dilekçe ile irtifak hakkı tesisi istenmesi üzerine yapılan duruşma sonunda; davanın kabulüne dair verilen 6.5.2004 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içeriğindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, İstanbul, Beyoğlu İlçesi Asmalı Mescit Mahallesi Terkos Sokaktaki davacıya ait 10 parsel lehine 49 parsel aleyhine İmar Kanunu uyarınca yapılması zorunlu yangın merdiveni inşası için irtifak hakkı kurulmasına ilişkindir.

İrtifak hakkı bir taşınmaz üzerinde başka bir taşınmaz yararına yüklenmiş bir yük olup, yük yüklenilen taşınmazın maliki irtifak hakkına sahip olan kimsenin o yeri kullanmasına ve başka bazı tasarruflarda bulunmasına rıza göstermesini veya mülkiyet hakkını kullanmaktan çekinmesini mecbur kılar. İrtifak hakkına ilişkin düzenlemeler Türk Medeni

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL "Mersin Barosu"

Kanunun 779 ve devamı maddelerinde yer almıştır. Mahkemece uyuşmazlığın bu maddelerde gösterilen yönetime uygun giderilmesi gerekirken karar gerekçesinde ve hüküm fıkrasında uyuşmazlığın geçit hakkı tesisi davası gibi nitelenerek bu biçimde hüküm kurulması doğru olmadığından karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozma sebebine göre sair hususların incelenmesine yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde yatırana iadesine, 14.3.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/499 K: 2005/5906 T: 9.11.2005****YÜKLENİCİNİN VE İŞ SAHİBİNİN KARŞILIKLI İSTEMLERİ
• UYUŞMAZLIĞIN ÇÖZÜMÜ • KEŞİF YAPILMASI ZORUNLULUĞU**

Özet: Yüklenici davacı davalıdan, danışmanlık ücretinden doğan alacağı için istemde bulunmuş, davalı da karşılık davasında fazla ödenen miktarın yükleniciden tahsiline karar verilmesini istemiş bulunmakla; karar, malzemelerin iş sahibine teslimine dair irsaliyelerin incelenmemesi ve malzeme alımında iş sahibinin onayının bulunup bulunmadığı ve imalatla kullanılıp kullanılmadığı yönlerinden yetersiz bulunduğundan yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekmiştir.

Ayrıca icra kovuşturması tarihinde faiz oranı %64 olduğu halde %70 oranında faiz uygulanması da kanuna aykırıdır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün duruşmalı olarak temyizden tetkiki taraf vekillerince istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacı karşı davalı vekili avukat DP ile davalı-karşı davacı vekili avukat OB geldi. Temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan taraflar avukatları dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmıştı. Bu kere dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Taraflar arasındaki uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup, asıl davada davacı yüklenici, danışmanlık ücreti olarak tahakkuk eden alacağının tahsili için icra takibi yaptığını, davalının takibe itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptalini ve takibin devamını istemiş, karşı davada ise davalı iş sahibi fazla ödenen miktarın yükleniciden tahsilini, istemiştir. Mahkemece asıl davanın kısmen kabulüne, karşı davanın ise reddine dair verilen karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Yanlar arasındaki sözleşmeye göre davacı yüklenici davalı iş sahibine ait binanın, sözleşmede belirtilen onarım işlerinin yapılması ve gerekli projelerinin çizdirilmesi işinde danışmanlık yapacak ve karşılığında %15 ücrete KDV'si ile birlikte hak kazanacaktır. Sözleşmeden, malzemelerin iş sahibi adına alınıp bedelinin iş sahibince ödeneceği anlaşılmaktadır. Yanlar arasındaki uyuşmazlık davacının kestiği faturalardaki malzemenin işyerine teslim edilip edilmediği ve imalâta girip girmediği noktasında toplanmaktadır. Davalı ayrıca, imalâtta kusurlu işlerin bulunduğu belirtmektedir. Mahkemece bilirkişilerden alınan asıl ve ek rapora dayanılarak hüküm tesis edilmiş, alınan ek rapora da taraflarca itiraz olunmuştur.

Mahkemece yapılan inceleme; malzemelerin iş sahibine teslimine dair irsaliyelerin incelenmemesi ve malzeme alımında iş sahibinin onayının bulunup bulunmadığı ve imalâta kullanılıp kullanılmadığı ve sair itirazlar açısından yetersizdir. Bu nedenle mahkemece mahallinde keşif yapılarak, yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulundan her iki yanın itirazlarını karşılayacak şekilde rapor alınmalı ve mübayanet hasıl olduğu takdirde giderilmelidir.

İcra takip tarihinde faiz oranı %64 olduğu halde %70 nisbetinde faiz uygulanarak takibin devamına karar verilmesi de yerinde değildir.

Davacının inkâr tazminatına yönelik temyiz itirazları ise yerinde bulunmamıştır.

Karar eksik inceleme nedeniyle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden taraflar yararına BOZULMASINA, 400,00'er YTL duruşma vekalet ücretinin taraflardan karşılıklı olarak alınarak, vekille temsil olunan diğer tarafa verilmesine, ödedikleri temyiz peşin harcının istekleri halinde temyiz eden taraflara geri verilmesine, 9.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/10657 K: 2005/10087 T: 25.10.2005****RÜCUEN TAZMİNAT DAVASI • FAİZİN BAŞLANGIÇ TARİHİ**

Özet: *Trafik kazısından doğan rücuen tazminat davasında ödeme tarihinden itibaren faiz işletilmelidir.*

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılama sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalı şirket adına kayıtlı, davalı HK idaresinde bulunan 34 TU 2093 plakalı araç ile davalı CH idaresinde bulunan 34 AK 9020 plakalı araçla çarpıştıklarını, bu çarpışmanın etkisi ile davalı şirkete ait aracın müvekkilinin de satın almak amacıyla emanet aldığı ve park halinde bulunan 34 TB 2881 plakalı araca çarptığını araçta meydana gelen hasar bedelinin 2.200.000.000 TL'nin sigorta şirketi tarafından karşılandığını, kalan 2.082.567.300 TL'yi 'araç sahibine ödediklerini belirterek 2.082.567.300 TL'nin kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı V Otelcilik Tur. Tic. İşl. AŞ, vekili davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Diğer davalılar duruşmalara katılmamış savunma yapmamışlardır.

Mahkemece toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre davanın kısmen kabulü ile 1.695.000.000 TL'nin 30.12.2002 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılar HK ve V Otelcilik Tur. Tic. İşl. AŞ.'da müteselsilen tahsiline, davalı Cüneyt Har dal kusursuz olması nedeniyle hakkında açılan davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava trafik kazasından doğan rücuen tazminat istemine ilişkindir. Davacı, nezaret ettiği araçta meydana gelen hasar bedelini araç malikine ödemiş olmasına, kendi zararının ödeme tarihinde gerçekleşmesine göre hasar bedelinin ödeme tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte tah-

siline karar verilmesi gerekirken dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi isabetli görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA 25.10.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/4136 K: 2005/6266 T: 14.6.2005****KAT MÜLKİYETİ • ORTAK YERLERE EL ATMA • ECRİMİSİL
• YARGILAMADA GÖREV**

Özet: *Ana taşınmaza ait ortak yerlere müdahalenin önlenmesine ilişkin davada Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir.*

Ecrimisil isteminin ise, genel hükümler çerçevesinde değerine göre Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılıp sonuçlandırılması gerekir.^()*

Dava dilekçesinde ortak yere yapılan müdahalenin önlenmesi ile ecrimisil istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davada kat irtifakı kurulu anataşınmazın zemin katında bulunan 43 nolu dükkanın davalı MA'ya ait olduğu, 44 numaralı bağımsız bölüm olarak yazılıp tapuya aynı kişi adına tescil edilen yerin 10 m2'lik kısmının apartman ortak yeri olduğu halde davalı tarafından ara duvar yıkılarak her iki dükkanla birlikte kiraya verilerek diğer davalı HÇ tarafından kullanıldığından bahisle müdahalenin menine, bu yerin tapuya apartman yönetimi adına tesciline, 10 milyar TL ecrimisilin faizi ile tahsiline karar verilmesi istenilmiştir.

Dava konusu anataşınmaza ait ortak yere müdahalenin önlenmesi ile ilgili olarak Kat Mülkiyeti Yasası hükümlerinin uygulanması söz konusu olduğundan anılan yasanın Ek 1. maddesinin amir Hükmü karşısında Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir. Ecrimisil isteminin ise genel hükümlere göre ve değer itibari ile Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılıp sonuçlandırılması gerekir. Bu bakımdan Kat Mülkiyeti Yasası kapsamında kalan isteme ilişkin davanın ecrimisil istemine yönelik davadan tefrik edilip. Sulh Hukuk Mahkemesinde bakılmak üzere görevsizlik kararı veril-

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL "Mersin Barosu"

mesi gerektiği düşünülmeden Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılarak esas hakkında hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile şimdilik diğer yönleri incelenmeksizin hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 14.6.2 005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/4464 K: 2005/7132 T: 5.7.2005

VAKIF EVLADINA GALLE (VAKIF GELİRİ) FAZLASI VERİLMESİ • VAKIFNAMEDE HÜKÜM BULUNMASI KOŞULU

Özet: Davacı, Köprülüzade Hafız Ahmet Paşa Vakfının (tevliyetle müstahak ekber evlat olduğu) ve (galle fazlasının verilmesi) isteminde bulunmuş, mahkemece halen davalı ES'nin mütevellî görevini yürüttüğü gerekçeyle ekber evlat olduğunun tespiti davasını reddetmiş, (galleye müstahak vakıf evladı) istemini kabul etmiştir.

Oysa ki; vakıfnamelerde vakıf evlatlarına galle fazlasının verileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi; aynı vakıfla ilgili olarak Beyoğlu 1. Asliye Hukuk Hakimliğinin 2003/360 S. dosyasında rapor veren aynı bilirkişinin o dosyada (galle fazlasının vakıf evlatlarına verilemeyeceği) görüşünde bulunduğu halde bu dosyada aksine görüş verdiği saptandığından hükmünün bu nedenle bozulması gerekir.

Dava dilekçesinde tevliyetle ve galle fazlasına müstahik vakıf evladı olduğunun tespiti istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hükmün temyiz incelemesi taraflarca duruşmalı olarak yapılması ise davacı vekili tarafından yasal süresi içinde verilen temyiz dilekçesi ile istenilmekle taraflara yapılan tebligat üzerine duruşma için tayin olunan günde temyiz edenlerden davalı vekili Av. SY geldi. Vakıf mütevellisi ve davacı adına gelen olmadı. Gelen vekilin sözlü açıklamaları dinlendikten

sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunarak, tetkik hakiminin açıklamaları dinlenip, gereği düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Davada davacı, Köprülüzade Hafız Ahmet Paşa Vakfının gaillesinden pay almaya müstahak evlat olduğunun ve tevliyete ehil bulunduğunun tespiti karar verilmesini istemiştir.

Dosyada toplanan bilgi ve belgelerden, özellikle vakıf senetleri ve bilirkişi raporu içeriğinden; Köprülüzade Hafız Ahmet Paşa Vakfının mülhak vakıf niteliğinde olduğu, vakıfnamelere göre de ekber, esen ve erşet olan vakıf evladının müteveli olacağının belirtildiği, buna göre halen davalı ES'nin müteveli görevini yürüttüğü davacının vakıfnamelerde öngörülen koşullardan ekber evlat niteliğini henüz taşımadığı anlaşılmakla, saptanan bu nedenle mahkemece davacının *tevliyete müstahak evlat olduğunun tespiti*ne ilişkin isteminin reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik yoktur.

Ancak; yukarıda sözü edilen vakıfnamelerde vakıf evlatlarına gaile fazlasının bırakılacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı ve bu hususun dairesimizce daha önce incelenen aynı vakıfla ilgili Beyoğlu 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2003/360 esas (Dairemizin 2004/10302 esas) sayılı dosyası içerisindeki 16.01.2004 günlü bilirkişi raporunda da açıkça belirtildiği halde, bu eldeki davada aynı bilirkişinin gerekçe de göstermeden davacının gaileye müstahak evlattan olduğuna ilişkin soyut kanısına itibar edilerek davacının bu yöndeki isteminin kabulü ile Köprülüzade Hafız Ahmet Paşa Vakfının gaileye müstahak vakıf evladı olduğunun tespiti hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince BOZULMASINA, Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davalı yararına takdir edilen 400.00 YTL. vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı tarafa verilmesine, temyiz peşin harçlarının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 05.07.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ**E: 2000/2635 K: 2000/5229 T: 30.06.2000****SENEDİN BORÇ KARŞILIĞI OLARAK VERİLMEMESİ
• SENEDİN KARŞILIKSIZ OLDUĞUNU BİLEN HAMİLİN
İYİNİYETLİ SAYILAMAYACAĞI***(TTK M. 599)*

Özet: 26.01.1996 tanzim ve 26.02.1996 vade tarihli 5.000.000.000.-TL lık bononun ciro yoluyla hamili kişinin 28.08.1998 tarihinde yaptığı icra kovuşturması üzerine bononun keşidecisi tarafından (hamil ve lehda- rı aleyhine) açılan menfi tespit davasında:

Senedin borç karşılığı verilmediğinin leh- dar tarafından kabul edilmesi, aralarında ti- cari bir ilişki bulunmadığının ve hamilin de bononun düzenlenmesi nedenini bildiğinin anlaşması ve takibin de vadeden 2.5 yıl son- ra yapıldığı gözönünde tutularak hamilin TTK'nın 599. Maddesi yönünden iyi niyetli olmadığına keşidecinin borçlu bulunmadığı- na dair mahkeme kararı yerindedir

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması so- nunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün davalılardan EU vekilince duruşmalı olarak temyiz edil- mesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davacı vekili Av. BA ile davalı EU vekili Av. GY ve diğer davalı vekili Av. AA'nın gelmiş olmaları duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıkla- maları dinlendikten ve temyiz dilekçesinin süresinde olduğu anlaşıldık- tan sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Keşidecisi davacı MAY, lehda- rı davalılardan HS olan ve davalı EU'ya ciro edilen 26.01.1996 tanzim 26.02.1996 vadeli 5.000.000.000.-TL tuta- rında bonoya istinaden davalı hamil EU 28.08.1998 tarihinde keşideci ve lehda- rı hakkında icra takibine girişmiştir.

Davacı, vekili, bononun hile ve manevi cebirle müvekkilinden alındığını borcun sebep ve kaynağının bulunmadığını belirterek bono ile borçlu olmadıklarının tespitini ve kötüniyetli olarak icra takibi yapıldığından %40 tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı lehtar HS , keşideci davacıdan bir alacağı olmadığını, eşinden boşandığını ve müşterek çocuklarının velayetinin babaya verildiğini, çocuğunun velayetinin alınması için işyeri sahibi olunması gerektiğini ifade eden EU'nun bu beyan sonucu durumu MAY'a anlattığını, EU'nun talimatları doğrultusunda dava konusu bononun düzenlendiğini beyan ederek davayı kabul ettiğini belirtmiştir.

Davalı EU vekili davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, bononun borç karşılığı verilmediğinin davalı lehtarın da kabulünde olduğu, taraflar arasında ticari bir ilişki bulunmadığı, hamil EU'nun bononun düzenlenme nedeninin bildiği gerekçesiyle davanın kabulüne davacının dava konusu bono nedeniyle borçlu olmadığının tesbitine %40 tazminatın davalı EU'dan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davalı EU vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özet iddiayı doğrulayan lehtar davalı HS'nin beyanı ve 26.02.1996 ödeme tarihli bono vadeden 2.5 yıl sonra takibe konulması gibi olgular tüm delillerle birlikte değerlendirilmesi sözkonusu senedin gerçek bir borç için düzenlenmediğinin kabulünde ve hamil EU'nun davalı HS ile birlikte yaşadığını ifade eden tanık ifadesi karşısında geçen TTK'nın 599. Maddesinde tanımlandığı üzere iyi niyetli hamil olmadığı yolu varılan sonuçta bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı EU vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun bulunan hükmün ONANMASINA ve Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davacı yararına takdir edilen 65.000.000.-TL duruşma vekalet ücretinin davalı EU'dan alınarak davacıya ödenmesine, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına 30.06.2000 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/8133 K: 2005/4828 T: 29.4.2005****BORÇLUNUN İTİRAZ NEDENLERİYLE BAĞLI OLMASI KURALI
• GENEL HÜKÜMLERE GÖRE AÇILAN İTİRAZIN İPTALİ DAVALA-
RINDA İTİRAZ NEDENLERİYLE BAĞLI OLMA KURALININ
ARANMAYACAĞI.***(İİK. m. 67)*

Özet: Borçlunun itiraz nedenleri ile bağlı olması kuralı, yalnız icra mahkemesinde açılan itirazın kaldırılması davalarında uygulanır.

Genel hükümelere göre açılan itirazın iptali davalarında, borçlu icra dosyasına bildir-diği itiraz nedenleriyle bağlı değildir.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davalı vekilince duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde taraflardan kimse gelmemiş olduğundan incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten ve temyiz dilekçesinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davalının, maliki olduğu taşınmazın davacıya kiraya verildiği ve davacının mecuru Mart 2003 tarihinde tahliye ettiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Davacı vekili, kira sözleşmesi imzalanırken davalıya 5000 dolar depozito verildiğini, mecuru tahliye ettikleri için depozito bedelinin iadesi gerekirken, iade edilmediğini yapılan icra takibine de haksız olarak itiraz edildiğini belirterek itirazın iptalini, % 40 icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının kira borcu olduğu gibi, mecuru da tahrip ettiğini, bu nedenle depozito bedelini bu alacağı ile takas ettiklerini belirtmiş ve davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davalının itirazı ile bağlı olduğunu, Mart 2003 tahliye tarihine kadar kira bedelinin ödendiğini, mecura zarar verildiği yolundaki savunmanın itirazla bağlı kalma kuralı gereği dinlenmediği gerekçesiyle itirazın iptaline, takibin devamına, alacağa yasal faiz yürütülmesine karar verilmiş. hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Borçlunun itiraz sebepleri ile bağlı olması kuralı yalnız alacaklının *itirazın kaldırılmasını* istemiş olması halinde icra mahkemesinde açılan davalarda uygulanır. Temyize konu dava. mahkemede *itirazın iptali* davası olarak açıldığına göre borçlunun, itirazın iptali davasında itirazında bildirmiş olduğu sebeplerle bağlı olduğu yolundaki gerekçede isabet görülmemiştir. Öte yandan davalı vekili müvekkilinin davacıdan kira bedeli alacağı olduğu gibi, davacının mecurda tahribat yaptığını, bu nedenle takas talebinde bulunduklarını belirtmiştir.

Davacı sözleşme süresi dolmadan mecuru tahliye ettiğine göre, mecurun ne kadar süre ile boş kaldığı normal koşullarda ne kadar süre içinde kiraya verilebileceği, mecurda davacı tarafından yapılmış bir tahribat olup olmadığı konularında taraf delilleri toplanarak gerektiğinde konusunda uzman bilirkişiden rapor alınarak usulüne uygun olarak yapılan takas beyanı da gözetilerek uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı gerekçe ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına BÖZÜLMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 29.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ**E: 2004/11558 K: 2005/8689 T: 16.09.2005****HİLENİN HUKUKSAL NİTELİĞİ • HİLE SAVININ KANITLANMASI**

Özet: Dava, davacılar satın aldığı halıların hile ile gerçek değerinin üzerinde bir fiyatla satıldığı iddiasıyla açılmıştır. Hile, gerçeği bilmiş olması halinde kişinin o yolda irade açıklamayacak iken karşı tarafın davranışları ile iradesinde yanlış bir karar meydana getirecek açıklama yolu ile bir sözleşmenin gerçekleşmesi ve hukuki ilişkinin kurulmasının sağlanması olarak tanımlanmaktadır. Satılanın gerçek değeri ile semen arasındaki paralellik bulunmaması mutlaka hilenin varlığını göstermez.

Davalı, satışa konu halıların özel dokuma halı olduğunu beyan ve bilirkişi incelemesi isteminde bulunduğundan öncelikle davacıya hile iddiasının dayanaklarının açıklanması ve bilirkişi aracılığı ile hakların nitelikleri ve satış tarihindeki bedelinin belirtilmesi gerekir. (*)

Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün davalı vekilince duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı vek. Av. HAD gelmiş, diğer taraftan kimse gelmemiş olduğundan onun yokluğunda duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlenildikten ve temyiz dilekçesinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacıların 06.11.2000 tarihinde davalıdan 101.000 DM karşılığı beş adet halı satın aldığı, 30.000 DM'nin ödendiği bakiyesi için 31.03.2001 tarihli 60.000 DM'lik ve 20.11.2001 tarihli 11.000 DM'lik iki polişe verildiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Davaclar vekili, halıları alıp Almanya'ya giden müvekkillerinin halıları Köln Sanayi ve Ticaret Odası tarafından görevlendirilen uzmana göster-

(*) Gönderen: Av. Hulki ÖZEL "Mersin Barosu"

diğini ve bu uzmanın verdiği 25.11.2001 tarihli raporda halıların gerçek değerinin 34.650 DM olduğunun saptandığını, davalının davacıların hulus ve saffetinden yararlanarak gerçek değerinin üstünde fahiş fiyatla halıları sattığını, bu nedenle öncelikle poliçelerin ödenmemesi için tedbir kararı verilmesini, sözleşmenin iptalini davalıya ödenen 30.000 DM'nin istirdadını ya da ibraz edilen rapora göre bakiye borcun 4.650 DM olarak saptanması halinde bu bedel üzerinden hüküm kurulmasını yapılan masrafların ve uğranılan zararın tazmini zmnında 5.000 DM'nin davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacıların satın aldığı halıların dünyaca ünlü Ö Halıcılık tarafındn üretildiğini, yurt dışında yaptırılan ekspertiz raporunu kabul etmediklerini, satın alınan emtia ve miktarı gözetildiğinde davacıların ticari amaçla veya koleksiyonculukla uğraştıklarının anlaşıldığını, hulus ve saffet içinde oldukları yolundaki iddiayı kabul etmediklerini belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece bir hukukçu ve iki bankacıdan oluşan bilirkişi heyetinden rapor alma ve bu rapora göre, davacıların Alman vatandaşı olduğu, davalının hilesi ile değerinin iki misli bedelle halıların satıldığını, sözleşmenin hile üzerine kurulduğu gerekçesiyle sözleşmenin iptaline, 30.000 DM'nin davalıdan istirdadına 60.000 DM'lik ve 11.000 DM'lik poliçelerin iptaline, davacıların fazlaya dair hakları saklı kalmak üzere 5000 DM zararın davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, davacıların satın aldığı halıların hile ile gerçek değerinin üzerinde bir fiyatla satıldığı iddiasıyla açılmıştır. Hile, *gerçeği bilmiş olması halinde kişinin o yolda irade açıklamayacak iken karşı tarafın davranışları ile iradesinde yanlış bir karar meydana getirecek açıklama yolu ile bir sözleşmenin gerçekleşmesi ve hukuki ilişkinin kurulmasının sağlanması olarak tanımlanmaktadır*. Davacı hile iddiasına dayanmış ise de hilenin nasıl gerçekleştiği açıklanmamıştır. Bir satım sözleşmesinde satım konusunun gerçek değeri ile semen arasında paralellik bulunmaması serbest piyasa kuralları içinde mutlaka hilenin varlığını göstermez.

Davalı satışa konu halıların özel dokuma halı olduğunu ve niteliklerini belirterek Almanya'da düzenlenen rapora itiraz etmiş ve halıların değerinin saptanması için yeniden rapor alınmasını talep etmiştir.

Mahkemece bu yönde bir inceleme yapılmadan ve halıcılık konusunda uzman olmayan bilirkişi heyetinin Almanya'daki tespit raporunun ciddi ve bilimsel olduğuna dair görüşü hükme esas alınmıştır.

Bu durumda mahkemece, davacı tarafa öncelikle hile iddiasının dayanakları açıklattırılıp ayrıca halıcılık konusunda uzman bilirkişi kuruluna halılar üzerinde inceleme yaptırılarak halıların nitelikleri ve satış tarihindeki bedelinin belirlenmesi ve tüm delillerin birlikte değerlendirilerek

uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Öte yandan hükmedilen 5000 DM'lik tazminatın yasal dayanak ve belgeleri gösterilip tartışılmadan bu miktara hükmedilmesi de kabul şekli itibari ile isabetsizdir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün BOZULMASINA, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davalı yararına takdir edilen 400.-YTL. Duruşma vekalet ücretinin davacılarından alınarak davalıya ödenmesine, peşin harcın istek halinde iadesine, 16.09.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/9203 K: 2005/11013 T: 27.09.2005****TAPULU TAŞINMAZIN HARİCİ SATIŞINDAN KAYNAKLANAN ALACAK DAVASINDA GÖREVLİ MAHKEME GENEL MAHKEMELERDİR****•YARGI YERİ • TÜKETİCİ MAHKEMESİ***(1086 S. K. m. 25, 26)*

Özet: Dava, tapulu taşınmazın harici satışından kaynaklanan alacak istemidir. Dosya kapsamından dava konusu taşınmazın arsa niteliği ile davalı şirket adına tapuda kayıtlı olduğu, taşınmaz satışını resmi olarak yapılmadığı, harici satış sözleşmesi düzenlendiği, taşınmazın davalı şirkete ait özel mülk olduğu, davalının yüklenici konumunda olmadığı anlaşılmakla, 4077 sayılı Yasa kapsamında değerlendiremeyecek uyuşmazlığın genel hükümleri göre görülüp sonuçlandırılması gerekir.

Taraflar arasındaki alacak hukukuna ilişkin davada İstanbul 4.Tüketici ile Pendik 2. Asliye Hukuk Mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmesi nedeni ile yargı yerinin belli edilmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, tapulu taşınmazın harici satışından kaynaklanan alacak istemidir.

Dosya kapsamından dava konusu taşınmazın arsa niteliği ile davalı şirket adına tapuda kayıtlı olduğu, taşınmaz satışının resmi olarak yapılmadığı, harici satış sözleşmesi düzenlendiği, taşınmazın davalı şirkete ait özel mülk olduğu, davalının yüklenici konumunda olmadığı anlaşılmakla 4077 Sayılı Yasa kapsamında değerlendirilemeyerek uyuşmazlığın genel hükümlere göre görülüp sonuçlandırılması gerekir.

SONUÇ: Yukarıda belirtilen nedenlerle; HYUY'un 25. ve 26. maddeleri gereğince Pendik 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE 27/09/2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/9817 K: 2005/11319 T: 29.09.2005****ADİ SÖZLEŞME İLE SATIN ALINAN DEVREMÜLK SÖZLEŞMESİYLE
İLGİLİ ANLAŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YERİ TÜKETİCİ MAHKEMESİ
DEĞİL, GENEL YETKİLİ MAHKEMEDİR
• TÜKETİCİ MAHKEMESİ • YARGI YERİ***(1086 S. K. m. 25,26)*

Özet: Dava, devremülk sözleşmesine dayalı borçlu olmadığının tespiti ve istirdat istemine ilişkindir. Resmi şekilde düzenlenmeyen sözleşme sonucu oluşan uyuşmazlıkta özel mahkeme durumundaki tüketici mahkemesinin görevli olamayacağı anlaşılmakla, davanın genel mahkemelerde görülmesi gerekir.

Taraflar arasındaki menfî tespit ve istirdat istemine ilişkin davada Bakırköy 9. Asliye Hukuk ile İstanbul 3. Tüketici Mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmesi nedeni ile yargı yerinin belli edilmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, devremülk sözleşmesine dayalı borçlu olmadığının tespiti ve istirdat istemine ilişkindir.

Dosya kapsamından, adi sözleşme ile iki adet devremülk hakkı satın alan davacının senetleri ödeyemez durumuna düşmesi sonucu senetlerin iadesini istediği, senetlerin iade edilmemesi nedeniyle borçlu olmadığının tespitini, ödenen miktarın iadesini talep ettiği, davacının iki adet devremülk hakkını resmi senetle satın almadığı gözlenmektedir. Resmi şekilde düzenlenmeyen sözleşme sonucu oluşan uyuşmazlıkta özel mahkeme durumundaki tüketici mahkemesinin görevli olamayacağı anlaşılmakla, davanın genel mahkemelerde görülmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda belirtilen nedenlerle; HYUY'un 25. ve 26. maddeleri gereğince Bakırköy 9. Asliye Hukuk Mahkemesinin YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE 29/09/2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/3052 K: 2005/7320 T: 11.07.2005****SİGORTALI HİZMETİN SAPTANMASI • MURİSTEN İNTİKAL EDEN
HAKKIN HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİNİN GEÇİP GEÇMEMESİNİN
DAVA HAKKI AÇISINDAN ÖNEMİ • HAK SAHİPLERİNİN HAKLARINI
ÖĞRENDİĞİ TARİHİN ÖNEMİ***(506 S. K. m. 79, 10)*

Özet: Davacı hak sahibinin, murisi sigortalının 1997 yılına ilişkin çalışmasının tespiti-ne ilişkin istemi, Mahkemece hak düşürücü süre nedeniyle yerinde bulunmamıştır. Bir hak sahibi yönünden hak düşürücü süre; ancak muristen kendisine sigortalılık tespit istemine ilişkin bir hakkın intikal ettiği ölüm tarihinde başlamalıdır. Ne var ki, muris tarafından sağlığında kullanılmamış ve hak düşürücü sürenin gerçekleştiği bir durumda artık hak sahibine intikal edecek bir dava hakkının da söz konusu olamayacağı kuşkusuzdur.

Dava konusu olayda, murise ait tespit istenilen çalışmalar 1997 yılına ilişkindir. Muris ise, 10.12.2002 tarihinde ölmüştür. Murisin ölüm tarihi itibarıyla, yukarıda sözü edilen yasa kuralının öngördüğü hak düşürücü süre 5 yıl olarak belirlenmiş bulundundan, hak düşürücü süre henüz gerçekleşmemiştir. Hak sahibinin talep hakkının kendisine intikal ettiği 10.12.2002 tarihinden başlamak üzere hak düşürücü süre işlemeye başlamıştır. Hak düşürücü süre nedeniyle davanın reddi, bozmayı gerektirmiştir.

Davacı, murisinin davalılardan işverene ait işyerinde 01.12.1997 tarihinde çalıştığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteminin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Hülya Erim Dalas-

lan tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı, hak sahibinin, murisi sigortalının, 1997 yılına ilişkin çalışmasının tespitine ilişkin istemi, Mahkemece, hak düşürücü süre nede niyle yerinde bulunmamıştır.

Gerçekten, taraflar arasındaki uyuşmazlık, murisin geçmiş sigortalı sayılması gereken süresinin saptanmasına yöneliktir.

Mahkeme; sigortalının kendisi yönünden söz konusu olan ve hizmetin geçtiği yılın sonundan başlamak üzere, Yasa değişikliğinden önce 10 ve daha sonra 5 yıllık hak düşürücü sürenin, aynen, hak sahibi için geçerli olduğundan bahisle istemi yerinde bulmamıştır. Oysa bir hak sahibi yönünden, sözü edilen sürenin gerçekleşip, gerçekleşmediğinden bahsedebilmek için, öncelikle, muris'ten bu kişiye sigorta kollarından bir hakkın intikal etmesi ve kişinin buna bağlı bir talep hakkının doğması gerekir. Henüz hakkının doğmadığı, murisin sağlığında kullanıp kullanmayacağı belli olmayan, murise ait bir hakkın kullanılmamasından ve buna bağlı hak düşürücü süreden söz edilemez. Şu duruma göre, bir hak sahibi yönünden hak düşürücü süre; ancak muristen kendisine sigortalılık tespit istemine ilişkin bir hakkın intikal ettiği ölüm tarihinde başlamalıdır. Ne var ki, muris tarafından sağlığında kullanılmamış ve hak düşürücü sürenin gerçekleştiği bir durumda, artık, hak sahibine intikal edecek bir dava hakkının da söz konusu olamayacağı kuşkusuzdur.

Dava konusu olayda; murise ait tespiti istenilen çalışmalar 1997 yılına ilişkindir. Muris ise, 10.12.2002 tarihinde ölmüştür. Murisin ölüm tarihi itibarıyla, yukarıda sözü edilen yasa kuralının öngördüğü hak düşürücü süre "5" yıl olarak belirlenmiş bulunduğundan hak düşürücü süre henüz gerçekleşmemiştir. Hak sahibinin talep hakkının kendisine intikal ettiği, 10.12.2002 tarihinden başlamak üzere hak düşürücü süre işlemeye başlayacaktır. Sigortalı murise ilişkin çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin istem ise, 21.5.2003 yılında dava konusu edildiğine, bu tarihte yasal "5" yıllık hak düşürücü süre henüz dolmadığına göre artık hak düşürücü sürenin gerçekleştiğinden bahisle istem reddolunamaz.

Mahkemenin, dinlenen bordro tanıkları da murisin çalışmasını doğruladığı dikkate alınarak işin esasını inceleyip karar vermesi gerekirken aksine görüşle istemi reddetmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yöne ilişkin istemi kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 11.7.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/2696 K: 2005/8159 T: 22.09.2005****SİGORTALI HİZMETLERİN SAPTANMASI • BORDRODA GÖSTERİLEN VE GÖSTERİLMİYEN HİZMETLER**

(506 S. K. m. 79, 10, 2, 9)

Özet: Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak sürekli çalıştığının tespitini istemiştir. İstek tanık sözlerine dayanılarak hüküm altına alınmıştır. Yapılacak iş, davacının tespitini istediği sürelerle ilgili olarak eğer varsa davalı işverenin ücret bordrolarında davacının imzası olanlar saptanarak, imzasını içeren bordrolara geçmiş sürelerin dışındaki sürelerle ilgili olarak istemin reddine, imzalı olmayan bordrolardaki süreler yönünden de işverence SSK'ya verilen dönem bordrolarında kayıtlı tanıklar saptanarak bu tanıkların bilgilerine başvurmak, işyerine ilişkin Kurum şubesinde bulunan işyeri dosyası ile davacıya ait işyerindeki şahsi dosyalarını celbetmek, muhtasar vergi beyannamelerini incelemek, davacı ile davalının soy isimleri aynı olduğundan nüfus kayıtları getirilip, akrabalık derecesi de tespit edilip varsa, akrabalık derecesine göre çalışılan sürelerin bilinip bilinmemesi konusu hayatın olağan akışına göre değerlendirilerek ve tüm kanıtlar toplandıktan sonra sonucuna karar vermekten ibarettir.

Davacı davalılardan işverene ait işyerinde 1.11.1992-3.12.1998 tarihleri arasında geçen ve kuruma eksik olarak bildirilen çalışmalarının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalılardan kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Sultan Namazcı tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı, davalıya ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak sürekli çalıştığının tespitini istemiştir. İstek, tanık sözlerine dayanılarak hüküm altına alınmıştır.

Gerçekten, davacının, işyerindeki çalışmaları işe giriş bildirgelerine, aylık ve üç aylık bordrolara dayanılarak Kuruma kısmi olarak bildirilmiş ve bildirimine uygun olarak da primleri ödenmiştir. Öte yandan işe giriş bildirgesi ve bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde kesintili geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersinin ise eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği söz götürmez. Başka bir anlatımla yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar edilemez. Dairemizin, giderek Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşleri de bu doğrultudadır. Bu yön, *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.9.1999 gün 1999/21-510-527, 30.6.1999 gün 1999/21-549-555, 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 2004/21-53S ve 1.12.2004 gün 2004/21-629 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.*

Yapılacak iş, davacının tespitini istediği sürelerle ilgili olarak eğer varsa davalı işverenin ücret bordrolarında davacının imzası olanlar saptanarak imzasını içeren bordrolara geçmiş sürelerin dışındaki sürelerle ilgili olarak istemin reddine, imzalı olmayan bordrolardaki süreler yönünden de işverence SSK'ya verilen dönem bordrolarında kayıtlı tanıklar saptanarak, bu tanıkların bilgilerine başvurmak, işyerine ilişkin Kurum şubesinde bulunan işyeri dosyası ile, davacıya ait işyerindeki şahsi dosyalarını celbetmek, muhtasar vergi beyannamelerini incelemek davacı ile davalının soy isimleri aynı olduğundan nüfus kayıtları getirilip akrabalık derecesi de tespit edilip, varsa akrabalık derecesine göre çalışılan sürelerin bildirilip bildirmemenin konusu hayatın olağan akışına göre değerlendirilerek ve tüm deliller toplandıktan sonra delilleri takdir edip ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazlar kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 22.9.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/3813 K: 2005/8521 T: 27.09.2005****ÇATIŞAN SİĞORTALILIK • SSK SİĞORTALILIĞI İLE BAĞ-KUR
SİĞORTALILIĞININ ÇAKIŞMASI***(506 S. K. m. 3; 1479 S. K. m. 24)*

Özet: *SS Kurumu sigortalılığı ile Bağ-Kur Sigortalılığının çakışması halinde, davacının önceden başlayıp kesintisiz devam eden vergi kaydı nedeniyle Bağ-Kur zorunlu sigortalılığına geçerlilik tanınarak, dava edilen dönemde Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespiti-ne karar verilmelidir.*

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 16.07.1984-20.08.1984 tarihleri arası çalıştığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme bozmaya uyarak ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalılardan SSK Başkanlığı ile dahili davalı Bağ-Kur Gn. Md vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve *Tetkik Hâkimi Nurten Mursal* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi

KARAR

Davacı, 16.7.1984-20.8.1984 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde hizmet aktine dayalı olarak çalıştığı Kuruma bildirilmeyen hizmetlerinin tespitini istemiştir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş ise de, bu sonuç usul ve yasaya uygun bulunmamaktadır.

Gerçekten davacının, tespitini istediği dönemle çatışan ve 26.3.1981 tarihinden beri devam eden vergi kaydı nedeniyle Bağ-Kur zorunlu sigortalılığı bulunmaktadır. Bu durumda yapılacak iş, "*çatışan sigortalılık durumunda*" hangi kurumdaki çalışmanın esas almayacağını saptamaktır.

"*Çatışan sigortalılık sorununu*" gerek 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ve gerekse 1479 Sayılı Bağ-kur Kanunu birbirlerine paralel düzenlemeler ile bir sigortalının aynı anda birden fazla sosyal güvenlik kurumuna tabi olmasını yasaklayıp, sigortalının önceden başlayıp devam eden sigortalılığına geçerlik tanıyarak çözüme ulaştırmaya çalışmışlardır. Yasa sistemimize göre bir kimsenin Sosyal Sigortalar Kurumu kapsamına girebilmesi için hizmet akdine tabi bir işte çalışması yanında başka

bir sosyal güvenlik kurumu kapsamında bulunmaması gerekir. Anılan yasanın 3. maddesinin I.(F) bendinde "*Kanunla kurulu emekli sandıkları-na aidat ödemekte olanların*" (K) bendinde ise, "*Herhangi bir işverene hizmet akdiyle bağlı olmaksızın kendi nam ve hesabına çalışanların*" sigortalı sayılmayacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde 1479 Sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinin I. ve II. Fıkralarında da bir kimsenin Bağ-Kur kapsamına girebilmesi için kendi adına bağımsız çalışıp kazanç sağlaması yanında, başkaca sosyal güvenlik kurumu kapsamında bulunmaması koşulu getirilmiştir. Bütün bu açıklamalardan anlaşılabileceği üzere, sosyal güvenlik sistemimizde çifte sigortalılık mümkün olmayıp, önceden başlayıp devam edegelen sigortalılığa geçerlik tanınmaktadır (03.10.2001 gün ve E: 2001/21-627, K: 2001/659 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı). Bu nedenlerden dolayı davacının önceden başlayıp kesintisiz devam eden vergi kaydı nedeniyle Bağ-Kur zorunlu sigortalılığına geçerlilik tanınarak, 16.7.1984-20.8.1984 tarihleri arasında Bağ-Kur sigortalısı kabul edileceği ortadadır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde bulundurularak istemin reddine karar vermek gerekirken yazılı gerekçelerle kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 27.09.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/3370 K: 2005/8591 T: 29.09.2005****YAŞLILIK AYLIĞI****• SİGORTALI HİZMETLERİN BAŞLANGICININ TESPİTİNİN DİĞER
TESPİT DAVALARINDAN FARKLI OLMAYACAĞI***(506 S. K. m. 79, 10, 2, 9)*

Özet: Davacı, sigorta başlangıç tarihinin 02.07.1974 olduğunun ve yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğinin tespiti istemiştir.

Davacıya ait 02.07.1974 tarihli işe giriş bildirgesinin davalı Kuruma süresi içerisinde verildiğine dair uyumsuzluk bulunmamaktadır.

02.07.1974 tarihli bildirgenin verildiği iş yerinden bordro verilmesinden zabıta marifetiyle tespit edilecek işyerine o tarihte komşu olan diğer işyerlerinde bildirge tarihinde çalıştığı tespit edilen bordroya kayıtlı komşu işyeri çalışanlarının; çalışmanın niteliği ile gerçek bir çalışma olup olmadığı yönünde yöntemince beyanlarını almak, gerçek çalışma olgusunu somut ve inandırıcı bilgilere dayalı şekilde 506 sayılı Yasanın 2, 6, 9 ve 79/10. maddeleri gereğince kanıtladıktan sonra sonucuna göre yaşlılık aylığı koşulları da buna göre değerlendirildikten sonra karar verilmelidir.

Davacı, 01.02.2003 tarihinden itibaren aylık bağlanması gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Sultan Namaza tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı, sigorta başlangıç tarihinin 02.07.1974 olduğunun ve yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğinin tespiti istemiştir.

Mahkemece, davacının 02.07.1974 tarihinde bir gün süre ile çalıştığının tespitine karar verilmiş ise de bu sonuç eksik incelemeye dayalı olup usul ve yasaya aykırıdır.

Davacıya ait 02.07.1974 tarihli işe giriş bildirgesinin davalı Kuruma süresi içerisinde verildiğine dair uyumsuzluk bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, 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 Yasa'sının 2 ve 6. maddelerinde açıkça belirlendiği üzere, sigortalılığın oluşumu yönünden çalışma olgusunun varlığı zorunludur. Eylemli veya gerçek biçimde çalışmanın varlığı saptanmadıkça, hizmet akdine dayanılarak dahi sigortalılıktan söz edilemez. 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 Yönetmeliği'nin 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 Yasanın 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 1999/21-549-555, 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 2004/21-538 ve 1.12.2004 gün 2004/21-629 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Somut olaya gelince; mahkemece açıklanan şekilde fiili çalışmanın varlığının yöntemince araştırılmadan sonuca gidildiği ortadadır. Gerçekten dinlenen tanıkların işyeri bordro tanıkları veya komşu işverenlerin kayıtlarına geçmiş tanıklar olduğu belli değildir.

Yapılacak iş; 02.07.1974 tarihli bildirgenin verildiği işyerinden, bordro verilmediğinden zabıta marifetiyle tespit edilecek işyerine o tarihte

komşu olan diğer işyerlerinde bildirge tarihinde çalıştığı tespit edilen bordroya kayıtlı komşu işyeri çalışanlarının; çalışmanın niteliği ile gerçek bir çalışma olup olmadığı yönünde yöntemince beyanlarını almak gerçek çalışma olgusunu somut ve inandırıcı bilgilere dayalı şekilde 506 sayılı Yasanın 2, 6, 9 ve 79/10. maddeleri gereğince kanıtladıktan sonra sonucuna göre yaşlılık aylığı şartları da buna göre değerlendirilip karar vermekten ibarettir.

O halde, davalı kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 29.09.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/4276 **K:** 2005/8933 **T:** 7.04.10.2005

YAŞLILIK AYLIĞININ GECİKMELİ ÖDENMESİNDE FAİZ İSTEME HAKKININ SAKLI TUTULMASI

(506 S. K. m. 60)

Özet: Dava, yaşlılık aylığının geç ödenmesinden doğan faiz alacağının ödetilmesi istemine ilişkindir.

Davacı tarafından SS Kurumu aleyhine açılan tespit davası sonucunda verilen 01.03.2000 tarihinden geçerli olmak üzere yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğinin tespiti dair kararın Yargıtay'ca onanarak kesinleşmesini müteakip 01.03.2000- 25.09.2004 tarihleri arasındaki birikmiş aylıklar toplamı davacıya ödenmiş ve Davacının noter aracılığıyla Kuruma gönderdiği 07.09.2004 tarihli faiz hakkını saklı tuttuğunu Kuruma bildirmiştir.

Kurum kararı hesap raporunun usul ve esasa uygun olmadığı hatalı olduğu yönünde temyiz etmiştir. Rapor hatalı olduğundan, kararın bozulmasına karar verilmiştir.

Davacı, davalı kurumdaki 10.136.295.721 TL. tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve *Tetkik Hâkimi Nurten Mursal* tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Dava, yaşlılık aylığının geç ödenmesinden doğan faiz alacağının ödenmesi istemine ilişkindir. Mahkemece alınan bilirkişi raporuna dayanarak davanın kabulüne karar verilmiş ise de, bu sonuca eksik araştırma ve inceleme ile varılmıştır.

Davacı tarafından Sosyal Sigortalar Kurumu aleyhine açılan tespit davası sonucunda verilen 01.03.2000 tarihinden geçerli olmak üzere yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğinin tespitine dair kararın Yargıtayca onanarak kesinleşmesini müteakip 01.03.2000 - 25.9.2004 tarihleri arasındaki birikmiş aylıklar toplamı davacıya ödenmiş ve davacının noter aracılığıyla Kuruma gönderdiği 07.09.2004 tarihli dilekçesiyle faiz hakkını saklı tuttuğunu Kuruma bildirmiş olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Davacının faiz isteminde haklı olduğuna ilişkin karar doğrudur. Ancak faiz hesabına ilişkin bilirkişi raporu ile davalı Kurumun faize ilişkin hesap sonucu farklı olduğu gibi, ekli hesap cetvelinde faiz uygulanacak dönemlerin mükerrer olduğu, hükme esas alınan bilirkişi raporunda uygulanan faizin niteliğinin açıklanmamış olduğu, bu haliyle Yargıtay denetim ve izlemesine elverişli nitelikte olmadığı açık-seçiktir.

Davalı Kurumun da bilirkişi raporuna itiraz ettiği dikkate alınarak faizin usulüne uygun olarak yeniden hesaplanması gerekmesine rağmen hatalı bilirkişi raporu esas alınarak karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

O halde davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 04.10.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/4273 K: 2005/8945 T: 04.10.2005****SİĞORTALI HİZMETLERİN SAPTANMASI • YASAL SÜREDEN SONRA
BELGELERİN SSK'YA VERİLMESİ HALİNDE HAK DÜŞÜMÜ
SÜRESİNİN İŞLEMESİ • BELGELERİ VEREN İŞVERENİN
DAVAYA DAHİL EDİLMESİNİN GEREKMEYECEĞİ**

(506 S. K. m. 79, 10)

Özet: Davacı, davaya dahil edilmeyen Ltd. Şti'ne ait işyerinde geçen çalışmalarının tespitini istemiştir. İstek, davacı vekilinin tasfiye ve terkin edilmiş olan işveren . AAA Ltd. Şti'ni ihya edemeyeceklerini bildirmesi üzerine işverenin dahil edilmediği hizmet tespiti davası yürütülemeyeceğinden reddedilmiştir.

Gerçekten davacının işyerindeki çalışmaları işe giriş bildirgesine ve üç aylık bordrolara dayanılarak Kuruma bildirilmiş ve bildirime uygun olarak da primleri ödenmiştir. Ancak, çalışmaya ilişkin tüm belgeler davalı Kuruma 6.10.1992 tarihinde intikal etmiştir. Çalışmaya ilişkin bildirge ve bordrolar, tespiti istenen hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak hak düşürücü süre içerisinde Kuruma intikal ettiğine göre, anılan belgelerin geç verilmesi davacı yönünden hak kaybına neden olmaz. Böyle bir davada, işveren çalışmaya ilişkin tüm belgeleri Kuruma intikal ettirdiğinden işin mahiyeti gereği davaya dahil edilmesi zorunlu değildir.

Davacı 1.11.1986-30.6.1987 ve 1.11.1987-30.4.1992 tarihleri arasında sigortalı çalıştığının tesbitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün davacının vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Nurten Mursal tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Davacı, davaya dahil edilmeyen A Oto Yedek Parçaları San. Malları Ltd. Şti'ne ait işyerinde 1.11.1987-30.4.1992 tarihleri arasında hizmet

akdine dayalı olarak sürekli çalıştığının tespitini istemiştir. İstek, davacı vekilinin tasfiye ve terkin edilmiş olan işveren A Oto Yedek Parçaları San. Malları Ltd. Şti'ni ihya edemeyeceklerini bildirmesi üzerine işverenin dahil edilmediği hizmet tespiti davası yürütülemeyeceğinden reddedilmiştir.

Gerçekten, davacının, işyerindeki çalışmaları işe giriş bildirgesine, aylık ve üç aylık bordrolara dayanılarak Kuruma bildirilmiş ve bildirimde uygun olarak da primleri ödenmiştir. Ancak çalışmaya ilişkin tüm belgeler davalı Kuruma 6.10.1992 tarihinde intikal etmiştir. Çalışmaya ilişkin bildirge ve bordrolar, tespiti istenen hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak hak düşürücü süre içerisinde Kuruma intikal ettiğine göre, anılan belgelerin geç verilmesi davacı yönünden hak kaybına neden olmaz. Böyle bir davada, işveren çalışmaya ilişkin tüm belgeleri Kuruma intikal ettirdiğinden işin mahiyeti gereği davaya dahil edilmesi de zorunlu değildir. Diğer taraftan çalışmaya ilişkin belgeler davalı Kuruma 6.10.1992 tarihinde intikal ettikten sonra davalı Kurumca bu belgelerin geç verilmesinden dolayı geçersiz sayıldığına yönelik ihtilaf çıkartıldığına ilişkin dosyada herhangi bir belge de bulunmadığına göre, Mahkemece davanın kabulü gerekirken reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 4.10.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/4464 K: 2005/9141 T: 10.10.2005****SİĞORTALI HİZMETLERİN SAPTANMASI • BEKÇİLERE İLİŞKİN
HİZMET SAPTANMASI DAVALARINDA HUSUMET • VEKİLLE TEMSİL
EDİLMEYEN DAVACIYA VEKALET ÜCRETİ TAKDİR
EDİLEMEYECEĞİ***(506 S. K. m. 79, 10)*

Özet: Bekçi olarak çalışan davacının kendisini bir vekille temsil ettirmemesine karşın, davacı yararına vekalet ücretine hükmedilmiş olması ve davalı A ile B'nin davalı Elif sitesi yönetimini temsilen davada bulundukları halde, karar başlığında hata ile Elif Sitesi ... Blokları yöneticiliğinin davalı olarak gösterilmemiş olması nedeniyle yargılama giderinden sorumlu tutulmuş olmaları usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 14.01.1998-01.02.2000 tarihleri arası çalıştığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılardan kurum ile Ahmet Bağatır vekillerince temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Osman Bülbül tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektiriri sebeplere ve özellikle davacının Elif Sitesi A, B, C ve D bloklarında bekçi olarak çalıştığı, mahkemece verilen karar başlığında davalı olarak Elif Sitesi A, B, C ve D Blokları Yönetiminin gösterilmemesinin maddi hatadan kaynaklandığı ve davalı olarak gösterilen AH BA ve AB BE'nin site yönetimini temsilen haklarında hüküm kurulduğu anlaşılmakla davalılar vekillerinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine.

2- Davacı kendini bir vekille temsil ettirmediği halde davacı yararına avukatlık ücretine hükmedilmiş olması ve AH BA ile AB BE davalı Elif Sitesi A, B, C, D, blokları Yönetimi'nin temsilen davada bulundukları hal-

de karar başlığında hata ile Elif Sitesi A, B, C, D Blokları Yöneticiliğinin davalı olarak gösterilmemiş olması sebebiyle yargılama giderinden sorumlu tutulmuş olmaları usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'un 438/7. maddesi gereğince hükmün düzeltilerek onanması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukanda 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün 3. fıkrasındaki (350.000.000 lira maktu vekalet ücretinin davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacı tarafa verilmesine) rakam ve sözcüklerinin tümüyle çıkarılmasına, 4. fıkrasındaki (Davacı tarafından sarf edilen 140.000.000 lira yargılama giderinin davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacı tarafa verilmesine) sözcüklerinin çıkarılarak yerine (Davacı tarafından sarf edilen 140.000.000 lira yargılama giderinin davalılar S.S.K. Başkanlığı ve Elif Sitesi A,B,C,D Blokları Yönetiminden müştereken ve müteselsilen alınarak davacı tarafa verilmesine) sözcüklerinin yazılmasına, hükmün bu değiştirilmiş ve düzeltilmiş biçimiyle **ONANMASINA**, 10.10.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ**E: 2005/6512 K: 2005/10575 T: 08.11.2005**

**• TESPİT DAVASINDA
DELİLLERİN TOPLANMASINDA GÖZÖNÜNDE TUTULACAK
HUSUSLAR • SİGORTALI HİZMETLERİN SAPTANMASI
(506 S. K. m. 79, 10, 2, 9)**

Özet: İfadesi hükme dayanak alınan tanık, davacıyla birlikte bu işyerinde çalışan kayıtlara geçmiş kilişlerden olmadığı gibi, aynı çevrede benzer işi yapan başka işverenlerin çalıştırdığı ve bordrolara geçmiş kişilerden de değildir. Bu bakımdan dinlenen tanık sözleri çalışma olgusu yönünden somut olgulara dayanmamakta, soyut düzeyde kalmaktadır.

Yapılacak iş, davalı işverence SSK'ya verilen dönem bordrolarında veya komşu veya benzer işi yapan işyerlerinde kayıtlı tanıklar saptanarak, bu tanıkların bilgilerine başvurmak ve tüm deliller toplandıktan sonra, delilleri takdir edip sonucuna göre Kuruma bildirilmeyen çalışma süresi varsa bu sürenin tespitine karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, söz konusu fiili ve hukuki gerçekler ve özellikle 506 sayılı Yasanın 79/10, 2-9 hükümleri ve SS Kurumunun taraf olmadığı ekli işçilik hakları dava dosyasının sadece esaslı delil olabileceği hukuki gerçeği dikkate alınmadan açıklanan yönlerde eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. (*)

Davacı davalılardan MK'nın sahibi olduğu B AŞ'de 2.5.1990-26.8.1996 tarihleri arasında geçen çalışmalarının tespitiyle bu sürenin sigortalı hizmet süresine eklenmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalılardan Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Nur-

(*) Aynı mahiyette, dergimizin 2005/4 sayısındaki sh. 1384'deki karar bakınız.

ten Mursal tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı, davalıya ait işyerinde 2.5.1990-26.8.1996 tarihleri arasında hizmet akdine dayalı olarak sürekli çalıştığının tespitini istemiştir. İstek, tanık sözlerine dayanılarak kısmen hüküm altına alınmıştır.

Yasal dayanağı 506 sayılı Yasanın 79/10 maddesi olan bu tür davalarda, öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin, işveren tarafından verilir verilmediği yada çalışıklarının kurumca tespit edilip edilmediği yöntemince araştırılmalıdır. Bu yasal koşul oluşmuşsa işyerinin o dönemde gerçekten var olup olmadığı, Kanunun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlenmeli daha sonra çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu özel bir duyarlılıkla araştırılmalıdır. Çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabilirse de çalışmasının konusu, sürekli kesintili mevsimlik mi olduğu başlangıç ve bitiş tarihleri ve alınan ücret konularında tanıkların sözleri değerlendirilirken bunların inandırıcılığı üzerinde durulmalı, verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları, işveren ve işçiyle, işyeriyle ilişkileri, bazen uzun yıllan kapsayan bilgilerin insan hafızasında yıllarca eksiksiz nasıl taşınabileceği düşünülmeli ve tanıklar buna göre isticvap olunmalı, işyerinin kapsam ve kapasite ve niteliği ile bu beyanlar kontrol edilmeli. Mümkün oldukça işyerinin müdür, amir, şef gibi görevlileri ve o işyerinde çalışan öteki kişiler ile o işyerine komşu ve yakın işyerlerinde bu yeri bilen ve tanıyanlar dahi, kayıtları getirtilip dinlenerek tanık beyanlarının sağlığı denetlenmeli ve çalışma olgusu böylece hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak sağlıklı bir biçimde belirlenmelidir. *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.6.1999 gün ve 1999/21-510-527, 30.6.1999 gün ve 1999/21-549-555, 5.2.2003 gün ve 2003/21-35-64 ile 10.11.2004 gün 2004/21-538 sayılı kararları* da bu yöndedir.

Yukarıda açıklanan hususlar, yeterli ve gerekli bir araştırmayla ve deliller hep birlikte değerlendirilip çalışmanın sigortalı çalışma niteliğinde olup olmadığı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmelidir.

Somut olaya gelince; mahkemece açıklanan şekilde fiili çalışmanın varlığının yöntemince araştırılmadan sonuca gidildiği ortadadır. Gerçekten ifadesi hükme dayanak alınan tanık, davacıyla birlikte bu işyerinde çalışan, kayıtlara geçmiş kişilerden olmadığı gibi, aynı çevrede benzer işi yapan başka işverenlerin çalıştırdığı ve bordrolara geçmiş kişilerden de değildir. Bu bakımdan dinlenen tanık sözleri çalışma olgusu yönünden somut olgulara dayanmamakta, soyut düzeyde kalmaktadır. Dairemizin ve Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşleri de bu doğrultudadır.

Yapılacak iş, davalı işverence SSK'ya verilen dönem bordrolarında ve ya komşu veya benzer işi yapan işyerlerinde kayıtlı tanıklar saptanarak, bu tanıkların bilgilerine başvurmak ve tüm deliller toplandıktan sonra, delilleri takdir edip sonucuna göre Kuruma bildirilmeyen çalışma süresi varsa bu sürenin tespitine karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, söz konusu fiili ve hukuki gerçekler ve özellikle 506 sayılı Yasanın 79/10. 2-9 hükümleri ve Sosyal Sigortalar Kurumunun taraf olmadığı ekli işçilik hakları dava dosyasının sadece esaslı delil olabileceği hukuki gerçeği dikkate alınmadan açıklanan yönlerde eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum'un bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 8.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ**E: 2005/2753 K: 2005/3328 T: 18.11.2005****YASA YOLUNUN BELİRLENMESİNDEKİ YANILMA
BAŞVURANIN HAKLARINI ORTADAN KALDIRMAZ****• DURUŞMALI KARAR • İTİRAZ YOLU**

(5237 S. TCK m. 150/2, 5275 S. CMK m 264, 5252 S.Y. m 9/1)

Özet: Kabul edilebilir bir başvuru var ise, yasa yolunun veya merciin belirlenmesindeki yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldıramayacağı (CMK m.264) gibi; duruşma yapılarak verilmesi gereken bir kararın duruşmasız ya da duruşma yapılmaksızın verilmesi gereken bir kararın duruşma yapılarak verilmiş olması da o kararın tabi olduğu yasa yolunu değiştiremez.

5252 Sayılı Yasanın 9/1. maddesi gereğince, 5237 Sayılı Yasanın lehe olan hükümlerinin uygulanması sırasında, derhal uygulama, başka bir anlatımla, herhangi bir inceleme, araştırma, kanıt tartışması ve takdir hakkının kullanılması gerekmeden uygulamak mümkün ise, duruşma yapılmaksızın; aksi halde ise duruşma yapılarak karar verilmelidir

YARGITAY KARARI**TEBLİĞNAME : 1-B/147163**

SG'yi kasten öldürmekten ve izinsiz silah taşımaktan sanık BK'nin yapılan yargılanması sonunda: 765 sayılı TCK'nin 448, 51/2, 59. maddeleri gereğince 10 sene ağır hapis cezası verilen ve kesinleşen bu karara karşı hükümlünün 5237 sayılı Yasanın uygulanması ile ilgili uyarılama talebi üzerine talebin reddine dair (DENİZLİ) Birinci Ağır Ceza Mahkeme-

sinden verilen 12.06.2005 gün ve 107/97 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi hükümlü tarafından istenilmiş olduğundan dava dosyası C. Başsavcılığından tebliğname ile Dairemize gönderilmekle: incelendi ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

TÜRK MİLLETİ ADINA

5237 Sayılı TCK'nin 7/2. maddesi gereğince, kesinleşmiş olan hükümlerin yeniden ele alınması ve lehe olan yasanın belirlenip uygulanmasında izlenecek yolu gösteren iki yasa vardır. Biri, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren, 5237 Sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş suçlar hakkında ne şekilde hüküm kurulacağına ve kesinleşmiş cezaların nasıl infaz edileceğine ilişkin hükümleri kapsadığını belirten (m.2) ve "1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak, Türk Ceza Kanununun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, duruşma yapılmaksızın da karar verilebilir." (m.9/1) şeklinde bir düzenlemeye yer veren 5252 Sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'dur. Diğeri ise, "mahkumiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülür ya da sonradan yürürlüğe giren kanun hükümlünün lehine olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hüküm veren mahkemeden karar istenir." şeklinde bir düzenlemeye yer veren (m.98/1), bu kararın duruşma yapılmaksızın verileceğini ve itiraz yoluna tabi olduğunu belirten (m. 101) ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'dur.

Görüldüğü gibi, ancak 1 Haziran 2005 tarihinden sonra kesinleşmiş mahkumiyetler hakkında uygulanabilecek olan 5275 Sayılı Yasa karşısında özel bir yasa olan ve öncelikle uygulanması gereken 5252 Sayılı Yasaya göre, kararların duruşma yapılarak verilmesi asıl, takdire bağlı olarak duruşma yapılmaksızın verilmesi istisnadır.

Asıl olanı, mahkeme kararlarının duruşma yapılarak verilmesidir (CMUK m. 253, CMK m.223), Ancak yasa koyucu, bazı hallerde, örneğin, 5252 Sayılı Yasada olduğu gibi, duruşma yapılmasını takdire bağlı kıldığı halde; bazı hallerde de, örneğin 5275 Sayılı Yasada, CMUK m. 302'de ve CMK m. 271/1'de olduğu gibi, duruşma yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Beraat, mahkumiyet, davanın reddi, davanın düşmesi, muhakemenin durması, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararları hüküm sayılmaktadır. (CMUK. m/253, CMK. m/223,).

Genel Kural, Ceza Mahkemelerinden verilen hükümlere karşı temyiz yoluna başvurulabileceği şeklindedir (CMUK. m. 305).

Ancak, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilmesi için yasanın bunu açıkça belirtmesi gerekir (CMUK m. 298, CMK m. 267). 5252 Sayılı Yasada, 5275 Sayılı Yasanın aksine, bu yasaya göre verilecek kararlara karşı itiraz yoluna gidilebileceğini belirten bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kabul edilebilir bir başvuru var ise, yasa yolunun veya merciin belirlenmesindeki yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldıramayacağı (CMK m.264) gibi; duruşma yapılarak verilmesi gereken bir kararın duruşmasız ya da duruşma yapılmaksızın verilmesi gereken bir kararın duruşma yapılarak verilmiş olması da o kararın tabi olduğu yasa yolunu değiştiremez.

5252 Sayılı Yasanın 9/1. maddesi gereğince, 5237 Sayılı Yasanın lehe olan hükümlerinin uygulanması sırasında, derhal uygulama, başka bir anlatımla, herhangi bir inceleme, araştırma, kanıt tartışması ve takdir hakkının kullanılması gerekmeden uygulama yapmak mümkün ise, duruşma yapılmaksızın; aksi halde ise duruşma yapılarak karar verilmelidir.

Bu açıklamalar ışığında somut olayın değerlendirilmesinde;

765 Sayılı Türk Ceza Yasası uygulanarak verilmiş ve kesinleşmiş olan hükmün, 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 7/2 ve 5252 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesi gereğince yeniden ele alınıp, lehe olan yasanın belirlenmesi ve uygulanması sırasında; 765 Sayılı Türk Ceza Yasası ile yapılan uygulamanın lehe olduğu derhal anlaşıldığından; duruşma yapılmaksızın uyarlama isteminin reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş olup, hükümlü müdafinin temyiz itirazlarının bu itibarla reddiyle,

CMUK'un 322. maddesindeki yetkiye istinaden 5252 Sayılı Yasanın 5349 Sayılı Yasa ile değişik 6. maddesine göre "ağır hapis" ibaresinin "hapse çevrilmesine" karar verilmek suretiyle DÜZELTİLEN hükmün (ONANMASINA), 18.11.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY BİRİNCİ CEZA DAİRESİ**E: 2006/01 K: 2006/3 T: 20.01.2006****YURTDIŞINDA GEÇEN TUTUKLULUK SÜRESİ • KOŞULLU
SALIVERME • TUTUKLUNUN İADESİ • AF YASASI GEREĞİNCE
HÜKÜMDEN İNDİRİM**

(765 sayılı TCY m. 40, 5237 sayılı TCY m. 16, 3713 Sayılı Yasa m.
GEÇİCİ 1/a, 4771 S. K; 4616 S. K.)

Özet: a.) Vatikan Devlet Başkanına karşı gerçekleştirilen öldürmeye kalkışma eylemi nedeniyle, İtalya'da gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta ve hükümlülükte geçen sürenin, Türkiye'de işlediği suçlarından dolayı verilen cezalardan indirilmesinin yasal dayanağı yoktur.

b.) Bu nedenlerle, hükümlünün cezalarından, öldürme suçundan gözetim ve tutuklulukta geçirdiği 153 gün ile iade sırasında yolda geçirdiği bir günlük sürenin indirilmesi gerekirken, İtalya'da geçirilen ve yanlış hesaplanan 20 yıl ile 4616 sayılı Yasa uyarınca 10 yıllık sürelerin mahsubu sonucu erken koşullu saliverilme yerinde değildir.

Y A R G I T A Y İ L A M I**Y A Z I L I E M İ R****TEBLİĞNAME : Y.E. 2006/995**

Kasten adam öldürmek suçundan sanık Mehmet Ali Ağca'nın, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 450/4. maddesi uyarınca ölüm cezası ile cezalandırılmasına dair, İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı Askeri Mahkemesi'nin 28/04/1980 tarihli ve 1980/418-207 sayılı kararının 20/08/1980 tarihinde kesinleşmesinden sonra yürürlüğe giren, 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1/A maddesine göre idam cezasının, (ağırlaştırılmış) müebbet hapis cezasına dönüştürülmesine ilişkin, Üsküdar 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 28/11/2002 tarihli ve 2002/379 değişik iş sayılı kararı ile silâhlı gasp suçu sebebiyle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 497/2. 522. 59/2 (İki kez), 71 ve 77. maddeleri uyarınca 36 yıl ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına dair, Kadıköy 1. Ağır Ceza Mahkemesinin

18/12/2000 tarihli ve 2000/186-319 sayılı kararının içtima edilerek hükümlünün 18 ay geceli gündüzlü bir hücrede tecrit edilmek suretiyle (ağırlaştırılmış) müebbet ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına dair. Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 08/11/2004 tarihli ve 2004/323-346 sayılı içtima kararının infazı sırasında; hükümlünün, İtalya'da işlemiş bulunduğu adam öldürmeye teşebbüs suçu sebebiyle cezaevinde geçirmiş olduğu 20 yıllık sürenin hâlen infaz edilmekte olan 36 yıldan mahsup edilerek, geriye kalan 16 yıldan da 4616 sayılı Kanun uyarınca 10 yıl indirilmek suretiyle tutuklu kaldığı 153 günün düşülmesi sonucu 12/01/2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere şartla tahliyesine ilişkin, Kartal 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 05/01/2006 tarihli ve 2006/16-9 müteferrik sayılı kararına yönelik itirazın reddine dair, Kartal 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 10/01/2006 tarihli ve 2006/10 müteferrik sayılı kararını kapsayan dosya incelendi;

Dosya kapsamına göre; hükümlü Mehmet Ali Ağca'nın, 01/02/1979 tarihinde Milliyet Gazetesi Genel Yayın Müdürü *Abdi İpekçi*'yi taammüden öldürmesi sebebiyle hükmolunan ölüm cezasının 20/08/1980 tarihinde kesinleştiği, bu suçtan tutuklu olarak bulunduğu sırada Maltepe Askeri Cezaevinden 25/11/1979 tarihinde firar ederek yurtdışına kaçtığı ve 13/05/1981 tarihinde İtalya'da Vatikan Devlet Başkanı Papa 2. *Jean Paul'e* karşı işlemiş bulunduğu öldürmeye teşebbüs suçu sebebiyle Roma İstinaf Mahkemesince ömür boyu hapis cezası ile cezalandırıldığı, bu suç sebebiyle 20 yıl cezaevinde cezası infaz edildikten sonra İtalya Cumhurbaşkanı'nın af kararı uyarınca cezaevinden tahliye edilerek 14/06/2000 tarihinde Türkiye'ye iade edildiği ve Türkiye'de işlemiş bulunduğu suçlardan dolayı cezasının infazına başlanıldığı anlaşılmaktadır.

Bu bağlamda;

1.) Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesinin içtima kararı kapsamındaki 18 ay geceli gündüzlü bir hücrede tecrit edilmek suretiyle (ağırlaştırılmış) müebbet ağır hapis cezasının 36 yıl olarak infaz edilmesi gerektiği belirtilerek bu süreden hükümlünün yurtdışında infaz etmiş olduğu 20 yıllık sürenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca mahsup edilmesine Kartal 1. Ağır Ceza Mahkemesince karar verilmiş ise de, anılan maddede "Nerede işlenmiş olursa olsun bir suçtan dolayı yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye'de verilecek cezadan mahsup edilir." şeklindeki düzenlemenin olayda uygulama yerinin olmadığı, zira maddede belirtildiği üzere aynı suçtan dolayı Türkiye Mahkemelerinden verilmiş bir cezanın bulunmadığı, yurtdışında işlemiş olduğu suç sebebiyle cezasının infazı tamamlanarak cezaevinden tahliye edildiği ve kasten adam öldürme ve gasp suçlarından dolayı cezasını çekmek üzere hükümlünün Türkiye'ye iade edildiği gibi, ayrıca Türkiye'de işlemiş bulunduğu adam öldürme suçu sebebiyle Sıkıyönetim Komutanlığı Askeri Mahkemesince verilen ölüm cezası kararın 20/08/1980 tarihinde kesinleşmesini müteakip, yurtdışındaki adam öldürmeye teşebbüs suçunun 13/05/1981 tari-

hinde işlenmiş olması sebebiyle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 77/6 ve 40. maddeleri uyarınca cezaların birlikte infazına veya mahsup edilmesine imkân bulunmadığı;

Kabule göre de;

Hükümlünün yurtdışında işlemiş olduğu suçtan dolayı kesintisiz 20 yıl cezaevinde kaldığı varsayılarak, bu süre kadar cezasından mahsup yapılmış ise de, bu suçun işlendiği 13/05/1981 tarihi ile Türkiye'ye getirildiği 14/06/2000 tarihi arasında 19 yıl 1 ay 1 gün infaz edilmiş bir süre bulunduğu cihetle, en fazla bu süre kadar mahsup yapılması gerektiği;

2.) Hükümlü hakkında Türkiye'de işlediği adam öldürme suçundan dolayı hükmolunan idam cezasının 4771 sayılı Kanun uyarınca (ağırlaştırılmış) müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüş olması sebebiyle içtima edilebilir hâle geldiği ve yine Türkiye'de işlemiş olduğu iki ayrı gasp suçundan dolayı verilen 36 yıl ağır hapis cezası ile içtima ettirilerek Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 08 11 2004 tarihli ve 2004/323-346 sayılı kararı ile 18 ay geceli gündüzlü bir hücrede tecrit edilmek suretiyle (ağırlaştırılmış) müebbet ağır hapis cezasına hükmolunduğu, bu cezanın infazı sırasında Kartal 1. Ağır Ceza Mahkemesince infaz edilecek süre 36 yıl ağır hapis olarak kabul edilip bu cezadan 20 yıl mahsup edilmesini müteakip, geriye kalan 16 yıldan da 4616 sayılı Kanun uyarınca 10 yıl indirilmek suretiyle cezanın infaz edilmesine karar verildiği anlaşılmakta ise de, somut olayda suçun işlendiği 01/02/1979 tarihinden sonra ölüm cezalarının yerine getirilmesi bakımından farklı hükümler taşıyan 3 ayrı kanunun yürürlüğe girdiği, bunlardan 12/04/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun geçici 1. maddesi (a) bendinde "Verilen ölüm cezaları yerine getirilmez. Bu durumda olanlar 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 19. maddesi hükmüne göre çekmeleri gereken cezalarının 10 yılını çektikleri takdirde iyi hâili olup olmadıklarına bakılmaksızın ve talepleri olmaksızın şartla salıverilirler." hükmünü içerdiği. 21/12/2000 tarihli 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un 1/1. maddesi 1. bendine göre de "Verilen ölüm cezaları yerine getirilmez. Bu durumda olanlar hakkında tâbi oldukları kanunlardaki infaz hükümleri aynen uygulanır." hükmünün yer aldığı, yine idam cezaları ile ilgili olarak 03/08/2002 tarihli 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1-A maddesi uyarınca idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüş olup, anılan maddenin (b) bendinde "Türk Ceza Kanununun 17 nci maddesi ile 13.7.1965 tarihli ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 19 ve ek 2 nci maddelerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlere ilişkin hükümleri saklıdır." şeklinde düzenleme bulunduğu nazara alındığında, 4616 ve 4771 sayılı Kanunlar uyarınca cezanın fiilen 30 yıl olarak infaz edilmesi gerekeceği, ancak hükümlü hakkında Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesince

verilen 18 ay geceli gündüzlü bir hücrede tecrit edilmek suretiyle (*ağırlaştırılmış*) müebbet ağır hapis cezasının hükümlü lehine olan 3713 sayılı Kanun'un geçici 1-a maddesi uyarınca 10 yıl üzerinden infaz edilmesi gerektiği, bu taktirde Türkiye'de 14/06/2000 tarihinde cezanın infazına başlanması ve tutukluluk ile gözaltında geçirdiği süreler nazara alındığında henüz şartla tahliye hak kazanmadığı;

Gözetilmeden itirazın bu yönlerden kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden sözedilerek, Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 17.01.2006 gün ve 889 sayılı istemlerine dayanılarak anılan kararın 5271 Sayılı CMK'nın 309. maddesi gereğince kanun yararına bozulmasına ilişkin, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 17.01.2006 tarih ve 9951 sayılı tebliğnamesine bağlı dosyası Dairemize gönderilmekle okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

T Ü R K M İ L L E T İ A D I N A

1.) Hükümlü Mehmet Ali Ağca'nın;

a.) 01.02.1979 tarihinde Milliyet Gazetesi Genel Yayın Müdürü Abdi İpekçi'yi taammüden öldürmek suçundan İstanbul Sıkıyönetim Askeri Mahkemesinin, Askeri Yargıtay 1. Dairesinin 20.08.1980 tarih, 1980/279-290 sayılı ilamı ile onanan, 28.04.1980 gün, 1980/418-207 sayılı kararı ile idam cezasıyla mahkum edildiği, hükümlünün bu suçtan 25.06.1979 tarihinde yakalanıp gözlem altına alındığı, 11.07.1979 tarihinde tutuklandığı, hüküm kesinleşmeden önce 25.11.1979 tarihinde tutuklu bulunduğu Maltepe Askeri Cezaevinden firar edip yurt dışına kaçtığı;

b.) 03.04.1979 tarihinde gerçekleştirdiği iki ayrı silahlı gasp eylemlerinden dolayı, Kadıköy 1. Ağır Ceza Mahkeme'sinin, Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 04.04.2001 tarih, 2001/2559-4482 sayılı ilamı ile onanan 18.12.2000 tarih, 2000/186-319 sayılı kararıyla içtimaen 36 yıl ağır hapis cezasıyla cezalandırıldığı;

c.) 13.05.1981 tarihinde, Vatikan Devlet Başkanı Papa II. Jean Paul'e karşı giriştiği suikast eyleminden ötürü yargılanıp ömür boyu ağır hapse mahkum edildiği, bu cezasını çekerken 13.06.2000 yılında, cezasının tutuklu kaldığı süreye indirilerek affedilip Türkiye'ye iade edildiği ve 14.06.2004 tarihinde infaz kurumuna alındığı, ancak bu suçtan dolayı Türkiye'de verilen bir cezasının bulunmadığı;

d.) Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 08.11.2004 gün 2004/323-346 sayılı kararı ile Türkiye'de işlemiş olduğu suçlardan verilen cezaların içtimaı sonucu 36 yıl ağır hapis cezasının 18 ay geceli gündüzlü hücrede tecrit edilmek suretiyle müebbet ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına 4771 sayılı Yasa hükümlerine göre karar verildiği;

e.) Kartal 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 05.01.2006 tarih ve 2006/16-09 müt. sayılı kararıyla, 12.012006 tarihinden geçerli olmak üzere koşullu salıverildiği;

f.) Koşullu salıverilme kararına karşı yapılan itirazın, Kartal 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 10.01.2006 tarih, 2006/10 müt. sayılı kararıyla reddedildiği;

Saptanmıştır.

2.) Kanun yararına bozma istemi konusunu oluşturan uyuşmazlık; hükümlünün Türkiye’de işlediği öldürme eyleminden dolayı aldığı cezadan, Vatikan Devlet Başkanına karşı işlediği suçtan tutuklu ve hükümlü kaldığı sürenin mahsup edilip edilemeyeceğine, kabule göre ise indirilse bile bu sürenin 20 yıl değil 19 yıl 1 ay 1 gün olduğuna, ayrıca 4616 sayılı Yasa hükümlerine göre 10 yıllık sürenin indirilip indirilmeyeceğine, ilişkindir.

3.) 5237 sayılı TCY’nin 63. maddesinde; “Hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir...” hükmü yer almıştır. Bu düzenleme ile, 765 sayılı TCY’nin mahsupla ilgili 40. maddesindeki düzenleme arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu düzenlemeler, ulusal hukuk bakımından geçerli olan düzenlemelerdir.

5237 sayılı TCY’nin 16. maddesine göre yabancı bir ülkede gözetim altında, gözlem altında, tutuklulukta ya da hükümlülükte geçen süre, Türkiye’de aynı suçtan dolayı verilecek cezadan indirilecektir.

765 sayılı TCY’de, sözü edilen 16. madde benzeri bir düzenleme bulunmadığı halde, 16. maddede belirtilen koşulların bulunması halinde, hakkaniyet ve kesin hükme saygı gereği, yabancı bir ülkede geçen özgürlük kısıtlanmasına ilişkin sürelerinin, Türkiye’de aynı suçtan dolayı verilecek cezadan indirilmesi gerektiği, Türk öğreti ve uygulamasında benimsenmiştir, (*Ord. Prof. Dr. S. Dönmezer – Prof. Dr. S. Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 8. bası, C.3, n. 2199; Prof. Dr. Feridun Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, 1988 bası, s.192; Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 06.03.1975 tarih ve 758/680 sayılı kararı*).

Yabancı bir ülkede infaz edilen ceza, Türkiye’de hükmolunan cezadan indirmek, sonuç olarak yabancı mahkeme kararlarına ülke içinde etki ve infaz kabiliyeti tanımak için ulusal yasada açıklık bulunması gerektiği (S. Dönmezer – S. Erman aynı yapıt, n.2199); her ne şekilde olursa olsun, yabancı bir ülkedeki özgürlük kısıtlamaları sürelerinin Türkiye’de verilecek cezadan indirilebilmesi için yasal düzenlemeye gereksinim bulunduğu belirtilmiştir, (*F. Yenisey, aynı yapıt, s.193*).

4.) Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 06.04.2004 tarih ve 1/45-85 sayılı kararında da açıklandığı üzere, kısa sayılabilecek bir süre içinde, 3713, 4616, 4771, 5218 sayılı, infaza ilişkin hükümler içeren Ya-

salar çıkarılmış olup, bu Yasalar karşılaştırıldığında, hükümlünün öldürme eylemi bakımından en lehine olan yasanın, 3713 Sayılı Yasanın geçici 1. maddesinin (a) bendi olduğu, bu Yasanın uygulandığı durumda ayrıca 4616 sayılı Yasa gereğince 10 yıllık indirim yapılmasına olanak bulunmadığı;

Anlaşılmıştır.

5.) Somut olay, yapılan açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde;

a.) Vatikan Devlet Başkanına karşı gerçekleştirilen öldürmeye kalkışma eylemi nedeniyle, İtalya'da gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta ve hükümlülükte geçen sürenin, Türkiye'de işlediği suçlarından dolayı verilen cezalardan indirilmesinin yasal dayanağı bulunmadığından;

b.) Bu nedenlerle, hükümlünün cezalarından, öldürme suçundan gözetim ve tutuklulukta geçirdiği 153 gün ile iade sırasında yolda geçirdiği bir günlük sürenin indirilmesi gerekirken, İtalya'da geçirilen ve yanlış hesaplanan 20 yıl ile 4616 sayılı Yasa uyarınca 10 yıllık sürelerin mahsubu sonucu erken koşullu salıverilmeye ilişkin Kartal 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 05.01.2006 tarih, 16-09 müt. sayılı kararına karşı yapılan itirazı reddeden, Kartal 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 10.01.2006 tarih, 10 müt. sayılı hükmü yerinde görülmediğinden, bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının istemi yerinde görüldüğünden, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca Kartal 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 10.01.2006 tarih, 2006/10 müt. sayılı kararının (BOZULMASINA), diğer işlemlerin yapılması için dosyanın Mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına (TEVDİİNE) 20.01.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ**E: 2005/10185 K: 2005/7672 T: 19.9.2005****DEĞERİN AZLIĞI İNDİRİMİ • C. SAVCISININ ESAS HAKKINDAKİ GEREKÇELİ GÖRÜŞÜNÜN KARARDA YER ALMASI GEREĞİ***(5237 S. TCK m. 150/2, 5271 S. CMK m 230/1-a)*

Özet: Suç tarihindeki ekonomik koşullar ile paranın satın alma gücü gözetilmeden, 5237 sayılı TCK'nun 150/2. maddesinde öngörülen "değerin azlığı" indirimi yapılamaz. Ayrıca C. Savcısının esas hakkında görüşünün gerekçeli kararda belirtilmemiş olması nedeniyle 5271 sayılı CMK'nın 230/1-a. maddesine aykırı davranılması da bozmayı gerektirir.

Tebliğname :6/2005131629**T U T U K L U**

Yağma suçundan sanık ve tutuklu M. hakkında yapılan duruşma sonunda; mahkumiyetine ilişkin A. 8. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 1.6.2005 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi O Yer C.Savcısı ile sanık savunmanı tarafından istenilmiş olduğundan, dava evrakı C. Başsavcılığından bozma isteyen 25.7.2005 tarihli tebliğname ile 1.8.2005 tarihinde Daireye gönderilmekle okunarak gereği görüşülüp düşünüldü:

Diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Ancak;

1-Yağma suçuna 2-Suçta kullanılan ve adli emanete alınan suç eşyası bıçak hakkında karar verilmemesi,

3-C. Savcısının esas hakkında görüşünün gerekçeli kararda belirtilmemiş olması nedeniyle 5271 sayılı CMK'nın 230/1-a. maddesine aykırı davranılması,

Bozmayı gerektirmiş, C.Savcısı ile sanık M. ve savunmanının temyiz itirazları ve tebliğnamedeki düşünce bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 19.9.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ**E: 2005/10859 K: 2005/8191 T: 26.09.2005****DEĞERİN AZLIĞI İNDİRİMİ****• KANUN YARARINA BOZMA • YAZILI EMİR**

(5237 S. TCK m. 142/2b, 35, 145, 150/2, 5271 S. CMK m 230/1-a
5252 sayılı TCK'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 9
5275 sayılı CGT İnfazı Hakkında Kanun M. 98 ve 101/1)

Özet: 5237 Sayılı TCY'nın 145. maddesindeki "malın değerinin azlığı" kavramının, 765 Sayılı TCY'nın 522. maddesindeki "hafif" ve "pek hafif" ölçütleriyle benzerliğinin bulunmadığı, "değerin azlığı"nın 5237 Sayılı Yasaya özgü, ayrı ve yeni bir kavram olduğu, bunun; daha çoğunu alabilme olanağı varken, yalnızca gereksinmesi kadar (örneğin; birkaç meyve veya ekmek, yiyecek, bir-iki defter, kalem veya sigara, bira ve benzeri) ve değer olarak da az olan şeyi alma durumunda, olayın özelliği ve sanığın kişiliği de değerlendirilerek, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanarak uygulanmalıdır.

TÜRK MİLLETİ ADINA**K A R A R****Tebliğname: Y.E./2005148268**

Hırsızlığa teşebbüs suçundan dolayı İ. 11. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 03.07.2003 gün, 2002/1879 esas, 2003/310 sayılı kararı ile 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 492/6-7-son, 62, 522, 81. maddeleri uyarınca 1 yıl 3 ay 16 gün hapis cezasına hükümlü N'nin iş bu cezasının infazı sırasında 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun lehe hükümlerinin uygulanmasının talep edilmesi üzerine, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun 9. maddesi gereğince dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda sanığın eylemine uyan 5237 sayılı Kanunun 142/2-b, 35, 145. maddeleri uyarınca 1 yıl 10 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, ancak hükümlünün sonuç ceza olarak kazanılmış hakları gözetilerek cezasının önceki hükümdeki gibi 1 yıl 3 ay 16 gün hapis cezası olarak yerine getirilmesine dair, aynı mahkemenin 03.06.2005 gün, 2005/151 değişik iş sayılı kararına vaki itirazın kabulü ile, bahsi geçen

kararın kaldırılmasına, dava dosyasının 5237 sayılı Kanunun 7/2 ve 5252 sayılı Kanunun 9/3.maddeleri kapsamında yeniden karara bağlanması için İ 11. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine ilişkin İ 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 29.06.2005 gün, 2005/177 değişik iş sayılı kararına karşı Adalet Bakanlığının 11.8.2005 gün ve 33803 sayılı kanun yararına bozma istemine dayalı Yargıtay C. Başsavcılığının 23.8.2005 gün ve Y.E.148268 sayılı yazısı ile infaz dosyası 29.8.2005 tarihinde Dairemize gönderilmekle incelendi:

Anılan yazıda;

“Tüm dosya kapsamına göre, itirazın kabul edilmiş bulunması karşısında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 271/2. maddesi uyarınca itirazın mevzuu olan mesele hakkında da bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yeniden karara bağlanmak üzere dosyanın Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine dair, yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiş olduğundan bahisle CMUK’un 343. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması” Dairemizden istenilmiş ise de;

Kanun yararına bozma istemine dayanan Yargıtay C. Başsavcılığının ihbar yazısı, incelenen dosya içeriğine göre; aynı suçtan mükerrer olan sanık hakkında 765 sayılı TCK’nın 522/1. maddesinin lehe hükümlerinin uygulanmasının kazanılmış hak oluşturduğu kabul edilmiştir.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 98 ve 101/1. maddeleriyle 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9/1. maddeleri uyarınca kural; lehe yasanın belirlenmesi ve uyarlanması ile ilişkin kararların dosya üzerinden verilebilmesidir.

Ancak;

a)-Önceki yasaya göre sonraki yasa suçun öğelerinde, değişiklik yapmışsa,

b)-Önceki yasanın türü veya süresi bakımından erteleme dışında bıraktığı ceza, yeni yasa tarafından erteleme kapsamına alınmışsa,

c)-Önceki yasaya göre temel ceza alt sınırdan belirlenmişken, yeni yasa uyarlanırken alt sınırın üzerinde ceza saptanması konusunda veya alt ve üst sınırlar konulmuş, artırıcı ya da eksiltici bir hükmün uygulanmasında bir oranın belirlenmesi için mahkemece taktir hakkının kullanılması, böylece bireyselleştirme yapılması zorunluysa,

Duruşma açılmak suretiyle tüm bunların neden ve gerekçeleri de gösterilerek hüküm kurulması gerekir.

İnceleme konusu karara gelince;

Sanık N’nin, 18.11.2002 saat 17.00 sıralarında, otobüs durağında belediye otobüsüne binmeye çalışan yakınının montunun cebindeki 80 milyon değerinde olan cep telefonunu hissettirmeden çaldığı ve yakınının fark edip bağırması üzerine çevrede bulunanların da yardımıyla kesinti-

siz takip sonucu yakalandığı sabit görülerek İstanbul 11. Asliye Ceza Mahkemesinin kesinleşmiş 3.7.2003 gün 2002/1879 esas, 2003/310 sayılı kararıyla; 765 sayılı TCY'nin 492/6-7-son, 62, 522/1, 81/2. maddeleri gereğince 1 yıl 3 ay 16 gün hapis cezasıyla hükümlen-dirildiği; 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın uyarlanması istendiğinde; 3.6.2005 gün, 2005/151 D. İş sayılı ek karar-la, anılan Yasada 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezasını öngören 142. maddenin 2. fıkrasının (b) bendi uyarınca alt sınırdan uzaklaştırıldığı, 765 sayılı TCY'nin suça yönelik yapıcı davranışların ulaştığı aşamayı esas alan ve 1/6'dan 1/3'e kadar indirim olanağı sağlayan 62. maddesine karşılık, değişik öğeyle, meydana gelen zararın veya tehlikenin ağırlığını ölçüt alan ve 1/4'den 3/4'e kadar indirimi öngören 5237 sayılı Yasanın 35. maddesine göre alt orandan indirim yapıldığı, ayrıca 5237 sayılı TCY'nin 145. maddesindeki "*malın değerinin azlığı*" kavramının, 765 sayılı TCY'nin 522. maddesindeki "*hafif*" ve "*pek hafif*" ölçütleriyle her iki maddenin de cezadan indirim sağlaması dışında benzerliği bulunmadığı, "*değerin azlığı*"nın 5237 Sayılı Yasaya özgü, ayrı ve yeni bir kavram olduğu, bunun; daha çoğunu alabilme olanağı varken, yalnızca gereksinmesi kadar (*örneğin; birkaç meyve veya ekmek, yiyecek, bir-iki defter, kalem veya sigara, bira ve benzeri*) ve değer olarak da az olan şeyi alma durumunda, olayın özelliği ve sanığın kişiliği de değerlendirilerek, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanarak uygulanabileceği, somut olayda 80 milyon liranın değer olarak az olmamasına karşın suç konusu cep telefonunun değeri az kabul edilerek aynı Yasanın 145. maddesi gereğince 1/2 oranında indirim yapılmasına karar verildiği bireyselleştirme amacına yönelik taktir hakkının nedenleri de gösterilmeden uygulanıp dosya üzerinden hüküm kurulduğunun anlaşılması karşısında;

5237 sayılı Yasanın 142/2-b maddelerindeki temel cezanın alt sınırı aşarak belirlenmesi, kalkışma nedeniyle aynı Yasanın lehe olan ve yasa ögeleri değişmiş bulunan 35. maddesine göre indirim oranının saptanması, malın değerinin az olup olmadığı ve az olarak kabulü halinde de indirim oranının takdiri için duruşma yapılması zorunluluğu bulunduğundan;

Diğer yönden; 5271 sayılı CMK'nın 271/2. fıkrasının, itirazı inceleyen mahkemenin hemen karar verme olanağı bulunması durumunda uygulanabileceği, soruşturma, araştırma ya da duruşma yapılması zorunlu olduğu takdirde bunun asıl Hakim veya Mahkemesince yerine getirilmesi gerektiğinden;

İ 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 20.6.2005 gün, 2005/177 D. İş. sayılı kararı bu nedenlerle yerinde görüldüğünden, Yargıtay C. Başsavcılığının kanun yararına bozma isteminin REDDİNE, 26.9.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ**E: 2005/10827 K: 2005/8252 T: 22.09.2005****SANIK LEHİNE OLAN YASANIN UYGULANMASI ZORUNLULUĞU
• ALT SINIRIN AŞILMASI • YAZILI EMİR**

(5237 S. TCK m. 142/2b, 35/2, 58 5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 9/3, 5

Özet: 1) Hükümlünün eylemine uyan 765 sayılı TCY'nın 492/6-7-son, 62, 85. maddelerine göre, 5237 sayılı TCY'nin 142/2-b, 35/2, 58. maddesinde öngörülen özgürlüğü bağlayıcı cezanın alt sınırı bakımından, anılan Yasanın 7/2, 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddeleri ışığında hükümlü yararına olması ve 5237 sayılı Yasa uyarınca değerlendirme ve uygulama yapılmasında zorunluluk bulunması,

2) Temel cezanın alt sınır aşılarak belirlenmesinin, kalkışma nedeniyle 765 sayılı Yasanın 62, 5237 sayılı Yasanın lehe olan ve yasal öğeleri değişmiş bulunan 35. maddesine göre indirim oranının takdiri için duruşma açılarak hüküm kurulması gerekirken dosya üzerinden karar verilmesi bozmayı gerektirmektedir.

T Ü R K M İ L L E T İ A D I N A**K A R A R****Tebliğname: 6/2005132500****HÜKÜMLÜ**

Hırsızlık suçundan hükümlü F hakkında verilen mahkumiyet hükmünün kesinleşmesini müteakip C. Savcısının talebi üzerine dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda; 5237 sayılı Yasa gereğince yeniden hüküm kurulmasına yer olmadığına ilişkin K/Y Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 3.6.2005 tarihli hükmün Yargıtay'ca incelenmesi O Yer C. Savcısı tarafından istenilmiş olduğundan, dava evrakı C. Başsavcılığından bozma isteyen 8.8.2005 tarihli tebliğname ile 17.8.2005 tarihinde Daireye gönderilmekle okunarak gereği görüşülüp düşünüldü:

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 98 ve 101/1. maddeleriyle 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük

ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9/1.maddesi uyarınca kural; lehe yasanın belirlenmesi ve uyarlanmasına ilişkin kararların dosya üzerinden verilebilmesidir.

Ancak;

(a)Önceki yasaya göre sonraki yasa, suçun öğelerinde değişiklik yapmışsa,

(b)Önceki yasanın, türü veya süresi bakımından erteleme dışında bıraktığı ceza, yeni yasa tarafından erteleme kapsamına alınmışsa,

(c)Önceki yasaya göre temel ceza alt sınırdan belirlenmişken, yeni yasa uyarlanırken alt sınırın üzerinde ceza saptanması konusunda veya alt ve üst sınırlar konulmuş artırıcı ya da eksiltici bir hükmün uygulanmasında bir oranın belirlenmesi için mahkemece takdir hakkının kullanılması, böylece bireyselleştirme yapılması zorunluysa,

Duruşma açılmak suretiyle tüm bunların neden ve gerekçeleri de gösterilerek hüküm kurulması gerekir.

İnceleme konusu karara gelince;

Felemez 'in, 3.10.1992 günü saat 17.00 sıralarında U. İstasyonunda trenden inmekte olan yakınan Veli 'nin pantolon cebindeki seksen bin lirayı el çabukluğu ve becerisiyle çalıp uzaklaşmak isterken yakalandığı sabit görülerek, Y. Asliye Ceza Mahkemesi'nin kesinleşmiş 31.3.1997 gün ve 1992/83-1997/61 sayılı kararıyla; 765 sayılı TCY'nin 492/6-7-son, 62, 85.maddeleri gereğince 4 yıl 5 ay 10 gün hapis cezasıyla hükümlendirildiği, 1.6.2005'te yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nin uyarlanması istendiğinde; anılan Yasada 765 sayılı Yasanın 492. maddesinin son fıkrasının karşılığı ve tekerrür nedeniyle cezanın arttırılması olanağı bulunmadığı halde, hükümlünün eylemine uyan 5237 sayılı Yasanın 142. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi gözetilerek, aynı maddenin 2. fıkrasının 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezası öngören (b) bendi uyarınca, gerekçe gösterilmeden alt sınır aşılma ve 765 sayılı Yasanın suça yönelik yapıcı davranışların ulaştığı aşamayı esas alan ve 1/6'dan 1/3'e kadar indirim ön gören 62. maddesine karşılık değişik öğeyle meydana gelen zararın veya tehlikenin ağırlığını ölçüt alan ve 1/4'ten 3/4'e kadar indirim olanağı sağlayan 5237 sayılı Yasanın 35. maddesine göre oran belirlerken, bireyselleştirme amacına yönelik takdir hakkının nedenleri de gösterilmeden dosya üzerinden red kararı verildiğinin anlaşılması karşısında;

1) Hükümlünün eylemine uyan 765 sayılı TCY'nin 492/6-7-son, 62, 85. maddelerine göre, 5237 sayılı TCY'nin 142/2-b, 35/2, 58. maddesinde öngörülen özgürlüğü bağlayıcı cezanın alt sınırı bakımından, anılan Yasanın 7/2, 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddeleri ışığında hükümlü yararına olması ve 5237 sayılı Yasa uyarınca değerlendirme ve uygulama yapılmasında zorunluluk bulunması,

2) Temel cezanın alt sınır aşılarak belirlenmesinin, kalkışma nedeni ile 765 sayılı Yasanın 62, 5237 sayılı Yasanın lehe olan ve yasal öğeleri değişmiş bulunan 35. maddesine göre indirim oranının takdiri için duruşma açılarak hüküm kurulması gerekirken dosya üzerinden karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, Y. Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazı ile tebliğname içeriği bu bakımdan yerinde görüldüğünden, kararın açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 22.9.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

E: 2005/1658 • **K:** 2005/5950 • **T:** 14.12.2005

KIYI BANKACILIĞI • OFF SHORE • HİZMET KUSURU
• MEVDUAT GÜVENCESİ

(2003/6668 sayılı BKK m. 3, 5021 S. K m.1, 4969 S. K m Geçici 2)

Özet: Kıyı Bankalarında değerlendirilmekte iken BDDK tarafından bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan Bankanın yurt içi kayıtlarına iznin kaldırıldığı tarihten geriye doğru bir aylık süre içinde aktarıldığı belirlenen mevduatların ödenmeyeceğine ilişkin 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 3. maddesinin (a) bendinin 1. fıkrasının yargı kararı ile iptal edilmiş olması nedeniyle davacının, Bakanlar Kurulu Kararı'nın 3/a-1 maddesi ve mevduatının ödenmesi isteminin zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemi hakkında bir karar verilmesine gerek yoktur. Öte yandan, Bakanlar Kurulu Kararı'nın diğer maddelerinin ve karar eki taahhütnamenin iptalinin istenmesinde hukuki yararının kalmamıştır. Mevduat hesabına aktarıldığı dosyadaki belgelerden saptanan tutarın davanın açıldığı tarihten itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi gerekir.

Davacı	:	
Vekili	:	Av.
Davalılar	:	1-Başbakanlık - ANKARA
		2-Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu - ANKARA
Vekili	:	Av.
		3-Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu - İSTANBUL
Vekili	:	Av.

Davanın Özeti 03.01.2004 tarih ve 25335 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 29.12.2003 tarih ve 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 3. maddesinin (a) fıkrasının 1. bendinin, 5. maddesinin (a) fıkrasında yer alan taahhütname koşulunun, 6. maddesinin (a) fıkrasının 1. bendinin, Karar ekinde yer alan taahhütnamenin ve davacının, T. İmar Bankası'nda (Banka) bulunan mevduat hesabında yer alan tutarın faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (FON) yaptığı başvurunun cevap verilmemek suretiyle zımnen reddine ilişkin işlemlerin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali ve 5021 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması, mevduat tutarının, yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istenilmektedir.

Başbakanlık'ın Savunmasının Özeti: Dava süresi içinde açılmamış ise bu yönden davanın reddine karar verilmesi, davacının durumu Bakanlar Kurulu kararı'na uygun ise mevduat idare tarafından ödeneceğinden davanın konusunun kalmadığı, gerçekleşmiş bir zararı bulunmadığı, esas yönünden ise *Türkiye İmar Bankası* ile ilgili olarak idarenin kendisine yüklenen denetim ve gözetim yetkisini kullanarak hareket ettiği, Bakanlar Kurulu kararı'nın hukuka uygun tesis edildiği belirtilerek, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun (BDDK) Savunmasının Özeti: 4969 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinin 1. fıkrası ile mevduat hesaplarının ayrı bir tüzel kişiliğe sahip Fon'ca ödeneceği belirtildiğinden hasım mevkiinden çıkarılması gerektiği, denetim ve gözetim görevinin yerine getirilmediği iddiasının gerçeklerle bağdaşmadığı, 5021 sayılı Yasanın davada uygulanacak norm olmaması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması isteminin dayanağı bulunmadığı belirtilecek, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun (FON) Savunmasının Özeti: 5020 sayılı Yasa uyarınca uyuşmazlığın görüm ve çözümünde İstanbul İdare Mahkemesi yetkili bulunduğundan davanın yetki yönünden reddi gerektiği, Fon tarafından kanunlar ve Bakanlar Kurulu kararı çerçevesinde ödeme yapılması zorunlu olduğundan husumet yöneltilemeyeceği, davacının hesabının dava dışı *İmar Bank Off-Shore Ltd.* nezdinde değerlendirilmekte iken, Bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılmasından önce devlet güvencesinden yararlanmak amacıyla kaydı-fiktif olarak havale edilmiş gösterilerek dava konusu hesabın açıldığı, hesabın off-shore olarak değerlendirildiği dönemde sigorta primi kesilmediğinden mudinin hiçbir katkı sağlamadığı sistemden parasını talep edemeyeceği, davacının hesabını Fon'ca sağlanan mevduat güvencesi kapsamına almak amacıyla Bankanın yurt içi hesabına aktardığı, Fon açısından iptali talep edilebilecek bir idari işlem bulunmadığı, Fon ile Bankanın ayrı tüzel kişilikler olduğu, iddialarını tüzel kişiliği devam

eden Banka aleyhine ileri sürebileceği, 5021 sayılı Yasa'nın Anayasa'ya uygun olduğu belirtilerek, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Cengiz MASYAN'ın Düşüncesi: Dava, 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 3/a-1, 5/a, 6/a-1 maddeleri ile Karar ekinde yer alan taahhütnamenin ve davacının hesabının ödenmesi isteminin reddine ilişkin işlemlerin iptali, mevduat hesabının ödenmemesi nedeniyle uğradığı zararın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi, 5021 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi görülerek iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması istemiyle açılmıştır.

5021 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişik 4969 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *"Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme iznini kaldırdığı tarihten geriye doğru bir ay içinde, kıyı bankalarındaki hesapları Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na sağlanan mevduat güvencesi kapsamına almak amacına matuf olarak, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankaların yurt içi kayıtlarına, muhabir bankaca karşılığı nakden veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan banka dışındaki bir banka aracılığıyla ödenmeksizin aktarıldığı tespit edilen hesaplar ile"* ibaresinin iptali istemiyle yapılan başvuru sonucunda, Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2005 tarih ve E:2004/4, K:2005/25 sayılı kararı ile anılan ibare Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı görülerek iptaline karar verilmiş, bu yasal düzenleme uyarınca tesis edilen Bakanlar Kurulu'nun 29.12.2003 tarih ve 2003/6668 sayılı Kararı'nın 3/a-1 maddesinin iptali istemiyle açılan davada, Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 08.07.2005 tarih ve E:2005/3760, K:2005/3421 sayılı kararı ile dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Anılan yargı kararları ile davacı tarafından kıyı bankacılığı sisteminde (*İmar Off-Shore Ltd.*) değerlendirilmekte iken, Bankanın, bankacılık işlemleri ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı tarihten geriye doğru bir ay içinde Bankanın yurtiçi kayıtlarına aktarılan hesapların ödenmeyeceğine ilişkin düzenlemelerin iptaline karar verildiğinden bahse konu hesapların yurt içi mevduat hesabı niteliği kazandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

5021 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrası ile verilen yetki çerçevesinde Bakanlar Kurulu'nun 29.12.2003 tarih ve 2003/6668 sayılı Kararı'nın 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12 ve 13. maddelerinde, mevduat tutarlarına bağlı olarak defaten veya taksitler halinde ödemenin, taksitler halinde yapılacak ödemede uygulanacak faiz tutarlarının ödemelerle ilgili alınacak taahhütnamenin düzenlendiği görülmekte olup, davacının tasarruf mevduatı niteliğindeki hesabının anılan Bakanlar Kurulu Kararı çerçevesinde değerlendirilmesi ve tazminat isteminin Bakanlar Kurulu Kararı çerçe-

vesinde ödeme yapılması, ödenmesi gerekirken vadesi geçtiği halde ödenmeyen taksitlerin ise yasal faiziyle birlikte ödenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Davacının, Bakanlar Kurulu Kararı'nın 5/a, 6/a-1 maddelerinin iptali isteminin incelenmesinden, anılan düzenlemenin 5021 sayılı Yasanın 1. maddesine uygun bulunması nedeniyle istemin reddi, Taahhütnameye ilişkin isteminin ise, Karar eki Taahhütnamenin 2. paragrafında yer alan "1" gün ibaresi ile, aynı paragrafın "18.06.1999 tarihli" ibaresi ile başlayıp "beyan ve taahhüt ederim" ibaresi ile biten kısmının dava açma hakkını sınırlayıcı nitelikte olması nedeni ile iptali, diğer kısımlara ilişkin istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Davacının Bakanlar Kurulu Kararı ve eki Taahhütnamenin iptali ve mevduatının ödenmemesi nedeniyle uğradığı zararın faiziyle birlikte ödenmesi istemi hakkında karar verilmiş olması halinde, mevduatının ödenmesi isteminin zımnen reddine ilişkin işlemler hakkında ayrıca karar verilmesine gerek bulunmadığı düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Emin Celâlettin ÖZKAN'ın Düşüncesi:

04.07.2003 tarih ve 25158 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 03.07.2003 tarih ve 1085 sayılı kararı ile yükümlülüklerini vadesinde yerine getirmeyen alınması istenen tedbirleri almayan, faaliyetine devamı mevduat sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz eden Türkiye İmar Bankası T.A.Ş.'nin 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14. maddesinin (3) numaralı fıkrası hükmü uyarınca bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmış ve Bankalar Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Bankanın yönetim ve denetimi Fona intikal etmiştir.

27.12.2003 tarih ve 25329 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5021 sayılı Kanun'un 1. maddesi; "18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14 üncü maddesinin (3) numaralı fıkrası veya (5) numaralı fıkrasının (a) bendinin (aa) alt bendi uyarınca bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankalarda bulunan tasarruf mevduatı sigortası kapsamındaki tasarruf mevduatı, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından ödenir. Mevduat tutarlarına bağlı olarak defaten veya taksitler halinde ödeme, taksitler halinde ödemede faiz uygulanması durumunda esas alınacak faiz oranları, ödemelerle ilgili olarak mudiler ve hak sahiplerinden alınacak taahhütnamelerde yer alacak hususlar ile ödemelere ilişkin diğer hususlar Hazine Müsteşarlığı ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun müşterek önerisi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir.

Ancak, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme iznini kaldırdığı tarihten geriye doğru bir ay içinde, kıyı bankalarındaki hesapları Tasarruf Mevduatı Sigorta

Fonunca sağlanan mevduat güvencesi kapsamına almak amacına matuf olarak, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankaların yurt içi kayıtlarına, muhabir bankaca karşılığı nakden veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan banka dışındaki bir başka banka aracılığıyla ödenmeksizin aktarıldığı tespit edilen hesaplar ile muvazaalı olduğu Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından tespit edilen hesaplar için Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca herhangi bir ödeme yapılmaz." hükmünü taşımaktadır.

4969 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile 5021 sayılı Kanuna dayanılarak alınan 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 3. maddesinin 1. fıkrası ile,

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun Bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme iznini kaldırdığı tarihten geriye doğru bir ay içinde (3.6.2003) tarihi dahil) kıyı bankalarındaki hesapları Fon'ca sağlanan mevduat güvencesi kapsamına almak amacına matuf olarak Bankanın yurt içi kayıtlarına muhabir bankaca karşılığı nakden veya Bankanın dışındaki bir başka banka aracılığıyla ödenmeksizin aktarıldığı tespit edilen hesapların sigorta kapsamındaki tasarruf mevduatı olarak kabul edilemeyeceği ve bu hesaplara ilişkin Fon tarafından herhangi bir ödeme yapılmayacağı yolunda düzenleme yapılmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; off-shore hesabının mevduat hesabına aktarıldığı anlaşılan davacının iptal istemi Bakanlar Kurulu Kararı'nın 3-a/1 maddesine yönelik olarak incelenmiştir.

Bakılan uyuşmazlıkta öncelikle off-shore (kıyı bankacılığı)ın tanımının yapılması gerekmektedir.

Kıyı bankacılığının, ülke dışından sağlanan fonların ülke dışında veya koşullara göre ülke içinde kullanılması, uluslararası devletsiz paraların fon fazlası bulunan merkezlerden fon açığı bulunan merkezlere transfer edilmesi gibi finansal hizmetler yürüten, genellikle serbest bölgelerde kurulan merkezlerde faaliyet gösteren ve ülke içindeki bankacılık sisteminin tabi olduğu yasal düzenlemelerin kapsamı dışında tutularak, getirilen mali ve hukuksal avantajlar sayesinde cazip çalışma koşullarının sağlandığı bankacılık türü olarak tanımlanması mümkündür.

Bankalardaki tasarruf mevduatı kamu tüzelkişiliğini haiz "*Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu*" tarafından sigorta edilmekte olup, sigorta edilen mevduatlardan kesilen primler Fon'un gelir kaynakları arasında sayılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; Türkiye'deki muhabir banka vasıtasıyla yurtdışında kurulu bir bankada mevduat hesabı açma imkanı tanıyan bir sistem olan off-shore hesaba yatırılan paralar için Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu prim kesintisi yapılmadığı, bu haliyle bu tür hesapların tasarruf mevduatı sigortası kapsamındaki tasarruf mevduatı niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır.

Öğretide ve Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında da vurgulandığı gibi, Anayasada öngörülen eşitlik herkesin aynı hak ve yükümlülükler sahip olması anlamında değildir. Eşitlik her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında sözkonusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle eşitlerin eşitliği anlamındadır. Farklı durumda olanlara, yani eşit olmayanlara-farklı kurallar uygulanması, yani eşit olmayanların eşitsizliği eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Paraları, yukarıda niteliği belirtilen off-shore hesaptan mevduat hesabına aktarılan kişiler ile Banka nezdinde tasarruf mevduatı hesabı bulunan kişiler eşit koşullara sahip olmadıklarından farklı kurallara tabi tutulmalarında eşitlik ilkesine aykırı davranıldığından söz etme olanağı bulunmamaktadır.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 3.7.2003 tarih ve 1085 sayılı kararı ile 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan ve Bankalar Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yönetim ve denetimi Fona intikal eden Türkiye İmar Bankası T.A.Ş. deki tasarruf mevduatı sigortası kapsamındaki tasarruf mevduatının ödenmesine ilişkin esasların belirlendiği 5021 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemelerin Kanunun yürürlüğünden önce gerçekleşen olay ve işlemlere uygulanamayacağına kabulü Bankalar Kanununun amaçlarından biri olan tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini koruma amacıyla da bağdaştırılmaz.

Bu haliyle, 5021 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayalı olarak çıkarılan, 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile, Bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı tarihten geriye doğru bir ay içerisinde kıyı bankalarındaki hesapları Fon'ca sağlanan mevduat güvencesi kapsamına almak amacına matuf olarak Bankanın yurt içi kayıtlarına muhabir bankaca karşılığı nakden veya Bankanın dışındaki bir başka banka aracılığıyla ödenmeksizin aktarıldığı tespit edilen hesapların ödenmeyeceği yolunda düzenleme yapılmasında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Belirtilen nedenle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin raporu ve sözlü açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki bilgi ve belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü;

Davalı idarelerin usule ilişkin itirazları yerinde görülmeyle işin esasına geçildi:

Dava, 03.01.2004 tarih ve 25335 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 29.12.2003 tarih ve 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu kararı'nın 3.

maddesinin (a) fıkrasının 1. bendinin, 5. maddesinin (a) fıkrasında yer alan taahhütname koşulunun, 6. maddesinin (a) fıkrasının 1. bendinin, Karar ekinde yer alan taahhütnamenin iptali ile davacının Banka'da bulunan mevduat hesabındaki tutarın faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle yaptığı başvuruların zımnen reddine ilişkin işlemlerin iptali, 5021 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması, 47.728,18 YTL mevduat tutarının yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının kıyı (*off-shore*) bankasında hesap açtığı, daha sonra bu hesabını mevduat hesabına dönüştürdüğü ve uyuşmazlığın bu konudan doğduğu, dolayısıyla davacının hukukunu etkileyen kuralın Bakanlar Kurulu kararının 3. maddesinin (a) fıkrasının 1. bendinde yer alan kural olduğu anlaşıldığından, anılan kural dışında kalan Bakanlar Kurulu kararının diğer maddelerinin iptali isteminde davacının hukuki yararı bulunmamaktadır.

27.12.2003 tarih ve 25329 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5021 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Bankalar Kanunu Hükümlerine İstinaden Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketi Hakkında Tesis Edilecek Bazı İşlemler Hakkında Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasıyla; "18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14 üncü maddesinin (3) numaralı fıkrası veya (5) numaralı fıkrasının (a) bendinin (aa) alt bendi uyarınca bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankalarda bulunan tasarruf mevduatı sigortası kapsamındaki tasarruf mevduatı, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından ödenir. Mevduat tutarlarına bağlı olarak defaten veya taksitler halinde ödeme, taksitler halinde ödemede faiz uygulanması durumunda esas alınacak faiz oranları, ödemelerle ilgili olarak mudiler ve hak sahiplerinden alınacak taahhütnamelerde yer alacak hususlar ile ödemelere ilişkin diğer hususlar Hazine Müsteşarlığı ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun müşterek önerisi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir." hükmü getirilmiştir.

Maddenin son paragrafında yer alan kuralla, kıyı bankalarında hesap açtıran, ancak Türkiye'deki bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı tarihten itibaren geriye doğru bir ay içinde bu hesaplardaki paraların karşılıkları muhabir banka ya da bir başka banka aracılığıyla Türkiye'deki bankada karşılıksız olarak açılan mevduat hesaplarının Fon tarafından ödenmeyeceği belirtilerek kıyı bankalarındaki hesaplar Kanun kapsamı dışında bırakılmıştı. Bu kural, 23.06.2005 tarih ve 25854 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 04.05.2005 tarih, E:2004/4, K:2005/25 sayılı Anayasa Mahkemesi kararıyla, BDDK'nun bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı tarihten geriye doğru bir ay içinde kıyı bankalarındaki hesaplarında bulunan mevduatı, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat

kabul etme izni kaldırılan bankaların yurt içi kayıtlarına muhabir banka veya diğer bankalarca karşılığı nakden ödenmeksizin aktarılan mevduat sahiplerinin, söz konusu mevduatlarının Türkiye'deki muhatabı olduğu bankaya ödenip ödenmediğini takip etme zorunluluklarının bulunmadığı, muvazaalı olduğu Fon tarafından tespit edilen hesaplar için Fon'ca herhangi bir ödeme yapılmayacağı, bu konuda uyuşmazlık çıkması durumunda da konunun yargı organlarınca karara bağlanacağının kuşkusuz olduğu, bu nedenlerle, mudinin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı tarihten geriye doğru bir ay içinde karşılığı ödenmeksizin aktarılan hesaplarının Fon'ca ödenmeyeceğinin kurala bağlanmasının hukuk devletinde kuralların sonuçlarının öngörülebilir olmasını gerektiren hukuk güvenliği ilkesiyle bağdaşmadığı, kıyı bankalarındaki hesaplarından bankacılık işlemi yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankaların yurt içi kayıtlarına karşılığı nakden ödenmeksizin aktarılan mevduat sahipleriyle aynı bankanın diğer mevduat sahipleri arasında Fon'dan yararlanma açısından bir fark bulunmadığından, bunlar arasında muvazaalı durumlar dışında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçeleriyle, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Danıştay Onüçüncü Dairesinin 8.07.2005 günlü E:2005/3760, K:205/3421 sayılı kararıyla da, 5021 sayılı Yasanın verdiği yetki uyarınca ve Yasa hükmüne koşut olarak Bakanlar Kurulunca düzenlenen dava konusu kararın 3. maddesinin (a) fıkrasının 1. bendinde yer alan, "Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun Bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme iznini kaldırdığı tarihten geriye doğru bir ay içinde (3.6.2003 tarihi dahil) kıyı bankalarındaki hesapları Fon'ca sağlanan mevduat güvencesi kapsamına almak amacına matuf olarak Bankanın yurt içi kayıtlarına muhabir bankaca karşılığı nakden veya Bankanın dışındaki bir başka banka aracılığıyla ödenmeksizin aktarıldığı tespit edilen hesaplar" kuralı, dayanağı Yasa kuralının Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi sonucunda hukuki geçerliğini yitirdiği gerekçeyle iptal edilmiştir.

Bu durumda, davacının Bakanlar Kurulu kararının 3. maddesinin (a) fıkrasının 1. bendinin iptali istemi hakkında karar verilmesine yer bulunmamaktadır.

Davacının, kıyı bankasındaki hesabından mevduat hesabına dönüşürülen tutarının ödenmesi istemine gelince:

Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında yer alan hüküm uyarınca idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü tutulmuştur. Buna göre, idarenin hukuka aykırılığı yargı kararıyla saptanmış bir işlemi sonucunda bir hakkın ihlâline neden olması durumunda da sorumlu tutulması hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

Bu bağlamda, davacının kıyı bankasındaki hesabının, Banka'nın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılmasından önce, Bankanın yurt içi hesabına aktarılarak mevduat hesabına dönüştürüldüğünün dosyada bulunan mevduat cüzdanı örneğinden anlaşılması ve bu işlemin muvazaalı olduğunun idarece kanıtlanamaması nedeniyle davacının zararının mevduat hesabındaki tutar karşılığı, iptal edilen düzenleyici işlemi tesis eden Bakanlar Kurulu'nu temsilen Başbakanlık ve yasal düzenleme uyarınca tasarruf mevduatını ödemekle yükümlü bulunan Fon tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir.

Davacının mevduat hesabı tutarının faiziyle birlikte ödenmesi isteminin cevap verilmemek suretiyle zımnen reddine ilişkin davalı idareler işlemleri hakkında ise, davacının mevduat hesabından kaynaklanan zararı tazmin edileceğinden karar verilmesine yer bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın, Bakanlar Kurulu Kararının 3. maddesinin (a) fıkrasının 1. bendi ile davacının mevduat hesabındaki tutarın ödenmesi isteminin zımnen reddine ilişkin işlemlerin iptali istemine ilişkin kısmı hakkında karar verilmesine yer olmadığına, Bakanlar Kurulu kararının diğer maddelerinin iptali istemine ilişkin kısmının reddine, davacının tazminat isteminin kabulüyle mevduat hesabındaki 47.728,18 YTL'nin Başbakanlık ve *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu* tarafından davanın açıldığı, 08.01.2004 tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine, davacının fazlaya ilişkin faiz isteminin reddine, hükmedilen miktar üzerinden hesaplanan 2.573,40 YTL nispi karar harcından peşin yatırılan 643,35 YTL düşüldükten sonra kalan 1.930,05 YTL nispi karar harcının davacıya tamamlanmasına, aşağıda dökümü yapılan 2.644,70 YTL yargılama giderlerinin haklılık oranı dikkate alınarak 30,80 YTL'sinin davacı üzerinde bırakılmasına, geriye kalan 2.613,90 YTL'si ile *Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi* uyarınca belirlenen 4.298,25 YTL avukatlık ücretinin Başbakanlık ve *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu*'ndan alınarak davacı vekiline verilmesine, davanın reddedilen kısmı nedeniyle *Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi* uyarınca belirlenen 400,00 YTL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idarelerden *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu* vekiline verilmesine, davacının, mevduat tutarının faiziyle ödenmesi isteminin zımnen reddine ilişkin işlem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu vekili için avukatlık ücretine hükmedilmemesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 14.12.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

D A N I Ş T A Y ONÜÇÜNCÜ DAİRE

E: 5/2625 • K: 005/5753 • T: 02.12.2005

DEVLET İÇ BORÇLANMA SENEDİ (DİBS) • HİZMET KUSURU • HAZİNE BONUSU

(2003/6668 sayılı BKK m. 3, 5021 S. K m.1, 4969 S. K m 4, 3/b, SPK
m. 22/g)

Özet: T. İmar Bankası AŞ'den ikincil piyasa işlemi olarak Devlet İç Borçlanma Senedi (DİBS) satın alan davacının 29.12.2003 tarih ve 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın iptali ve uğranılan zararın tazmini istemiyle açtığı davanın, 5021 sayılı Yasa'da ikincil piyasada satışı yapılan DİBS hakkındaki herhangi bir düzenleme bulunmadığından ve bu durum kapsam dışı bırakıldığından Bakanlar Kurulu Kararı'nın iptali istemine yönelik kısmının reddi fakat davacının uğradığı zarara ilişkin kısmının ise olayda hizmet kusuru bulunduğu saptanan BDDK ve SPK tarafından tazmini gerekir.

Davacı	: ...
Vekili	: Av. ...
Davalılar	: 1-Başbakanlık 2-Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
Vekilleri	: Av. ..., Av. ... 3-Sermaye Piyasası Kurulu
Vekilleri	: Av. ..., Av. ...,Av. ..., Av. ... 4-Hazine Müsteşarlığı 5-T.C. Merkez Bankası
Vekili	: Av. ... 6-İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
Vekilleri	: Av. ..., Av. ... 7-Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu - İSTANBUL
Vekilleri	: Av. ..., Av. ...

İstemin Özeti: 03.01.2004 tarih ve 25335 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 29.12.2003 tarih ve 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali, anılan kararın dayanağı olan 5021 sayılı Kanunun Anayasa'ya

aykırı olduğu ileri sürülerek iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması, davacının T. İmar Bankası TAŞ (Banka) aracılığıyla satın almış olduğu 9.999,97 YTL tutarındaki Devlet iç borçlanma senet bedelinin (DİBS) vade sonunda ulaşacağı nominal bedelin vade bitiminde vade tarihine kadar işlemiş ve dava süresince işleyecek en yüksek ticari faiz oranıyla zararının oluşumunda hizmet kusuru bulunan idarelerden müteselsilen tahsiline karar verilmesi istenilmektedir.

Başbakanlık Savunmasının Özeti: İdareden ön karar alma şartının yerine getirilmediği, davacı tarafın gerçekleşmiş bir zararı bulunmadığı, esas yönünden ise davacının Anayasa'ya aykırılık iddiasının yerinde olmadığı, 5021 sayılı Yasaya paralel olarak düzenlenen 29.12.2003 tarih ve 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun (BDDK) Savunmasının Özeti: İdarelerinin hizmet kusuru olduğu ileri sürülerek açılan davanın Ankara İdare Mahkemesi'nde görülmesi gerektiği, 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu kararı yönünden kendilerine husumet yöneltilemeyeceği, Hazine bonusu ve devlet tahvili satış işlemleri sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde değerlendirildiğinde sorumluluğun idarelerine yükletilemeyeceği, davacının henüz gerçekleşmiş bir zararı da bulunmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) Savunmasının Özeti: Davacının uğradığını ileri sürdüğü zararın tazmini istemini öncelikle Banka'nın sorumlu yöneticilerine yöneltmesi gerektiği, Banka hakkındaki iflâs davası sonuçlanmadan davacı açısından gerçek ve kesinleşmiş zararın söz konusu olamayacağı, dava konusu olayda objektif sorumluluğa ilişkin şartlar oluşmadığı gibi davalıların müteselsilen sorumluluğundan da söz edilemeyeceği, idare ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerin suç teşkil eden fiillerinden doğan zarar sebebiyle idareye tazmin sorumluluğu yüklenemeyeceği, zararın yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucunu oluşturmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Hazine Müsteşarlığı'nın Savunmasının Özeti: Kendilerine atfedilebilecek herhangi bir kusur ve ihmalden söz edilemeyeceği, zira herhangi bir bankanın aracılık yetkisi olmasa bile Hazine Müsteşarlığı'nın DİBS satış ihalelerine katılabileceği, almış olduğu DİBS'leri disponibilitate yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla kullanabileceği, portföyünde bulundurabileceği, ancak, bankaların ikincil piyasada müşterileri ile DİBS alım satımında bulunmasının sermaye piyasası mevzuatı ile ilgili ve Müsteşarlığın birincil piyasada ihraç ettiği senetlere ilişkin yükümlülüğünün vade tarihinde senedin aslını ibraz eden yatırımcılara karşı olduğu, söz konusu senetlerin bedellerinin senedin aslını veya Merkez Bankası tarafından verilen makbuzu ibraz eden yatırımcılara T.C. Merkez Bankası ve T.C. Ziraat Bankası aracılığı ile ödendiği; ikincil piyasada alım-satım iş-

lemlerine konu olan senetlerin fiyatlarının, taraflar arasında piyasa koşulları çerçevesinde belirlendiği, ikincil piyasa işlemi sonucu bankalardan DİBS karşılığında alınan belge veya makbuza sahip olan yatırımcıların, alacaklarını banka ile yapmış oldukları sözleşme gereği senedi almış oldukları banka veya aracı kurumdan tahsil ettikleri; bunları alanlarla Müsteşarlık arasında bir borç-alacak ilişkisinin bulunmadığı, senedin aslı yerine ikincil piyasa işlemi sonucu bankalardan DİBS karşılığında belge veya makbuz alan yatırımcılara mevcut hukuki yapı ve mevzuat çerçevesinde, Müsteşarlığın ödeme yapmasının mümkün olmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

T.C. Merkez Bankası'nın Savunmasının Özeti: Davacının gerçekleştirmiş zararının bulunmadığı, 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu ile görev ve yetkileri belirlenen Merkez Bankası'nın 1211 sayılı Kanun ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca mali ajan olarak DİBS ihracına sadece aracılık ettiği, dolayısıyla görevinin, Hazine Müsteşarlığı ile yapılan mali servis anlaşması hükümlerine göre Müsteşarlık adına ve hesabına birincil piyasada DİBS ihracını gerçekleştirmek olduğu, Banka tarafından yapılan DİBS satım işlemlerinin ise, ikincil piyasaya ilişkin olup, bu konuda kendilerine verilmiş herhangi bir görev ve yetki bulunmadığından kendilerine husumet yöneltilemeyeceği belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nın (İMKB) Savunmasının Özeti: İdarelerinin borsa üyesi olmayan bir bankanın faaliyetlerini inceleme ve denetleme görevi bulunmadığı, aracılık faaliyeti yetki belgesinin iptali ile Banka'nın borsa üyeliği sona erdiğinden, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nın görev ve yetki alanı dahilinde olan pazar ve piyasalarda Hazine bonosu alım-satımı veya başkaca bir işlem yaptırılmadığı, Banka'nın borsa dışında yaptığı Hazine bonosu alım-satım işlemlerinin 4568 sayılı Kanun uyarınca banka ve aracı kurumların borsa dışında gerçekleştirdiği işlemlerin tescili zorunlu olduğundan, bu işlemlerin tescil edildiği ve tescil işlemlerinin SPK, BDDK, T.C. Merkez Bankası ve Hazine Müsteşarlığı'na bildirildiği, kendilerine husumet yöneltilemeyeceği belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun (Fon) Savunmasının Özeti: Davacının, Anayasa'ya aykırılık iddiasının yerinde olmadığı, Fon'un mevduatı sigorta ettirmek dışında, bir bankanın yönetim ve denetiminin devredilmesinden önce Banka ile ilgili nezaret, denetim veya gözetim görevi ve yetkisi bulunmadığı, dolayısıyla kendilerine husumet yöneltilemeyeceği, davacının henüz gerçekleşmiş zararı bulunmadığı ve davacının bu davayı açmakta hukuki yararı bulunmadığı, Fon aleyhine ön karar prosedürü yerine getirilerek dava açılıp açılmadığının ve süre yönünden uygunluğun tespit edilmesi gerektiği, Bakanlar Kurulu kararı yönünden ise, davacının

bu konuda ihlâl edilmiş bir kişisel menfaati bulunmadığından davanın subjektif ehliyet yokluğu nedeniyle reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hâkimi Aytaç KURT'un Düşüncesi: Sermaye piyasası araçları 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 3/b maddesinde tanımlanmış, gerek menkul kıymetler ve gerekse diğer sermaye piyasası araçları şartlarının Sermaye Piyasası Kurulunca belirleneceği ön görülmüştür.

Devlet iç borçlanma senetlerine ilişkin hususlar 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda düzenlenmiş, Kanunun 6. maddesinde çıkarılacak Devlet iç borçlanma senetlerinin çeşitlerine, satış yöntemlerine, faiz koşullarına, vadelerine, basım ve ödemelerine ilişkin her türlü esasları ve bunlara ilişkin diğer şartları belirlemeye Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bankanın yetkili olduğu, Devlet iç borçlanma senetlerinin basım giderleri, satışa katılacak finansal kuruluşlara ödenecek komisyon ve banka muameleleri vergileri ile satışa katılan finansal kuruluşların satış işlemleri dolayısıyla yapacakları her türlü gider, vergi, resim ve harçların Hazine tarafından finansal kuruluşlara geri ödenmesinde ve senetlerin basımında veya kaydı olarak ihracında uygulanacak şekil ve esaslar, Müsteşarlık ile Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası arasında 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu hükümleri uygulanmaksızın akdedilecek mali servis anlaşması ile tespit edileceği öngörülmüştür.

2499 sayılı Kanunun 4. maddesine göre, ihraç ve halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının kurul'a kaydettirilmesinin zorunlu olduğu, Genel ve katma bütçeli idareler ve T.C. Merkez Bankası'nca ihraç olunacak sermaye piyasası araçlarının Kurul'a kaydettirilmesi zorunlu olmadığı ancak bu ihraçlarda Kurul'a bilgi verileceği düzenlenmiştir.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin (g) bendinde, Sermaye piyasasını ilgilendiren her türlü iletişim araçları ile yapılan yayın, duyuru ve reklamları izlemek ve bunların yanıltıcı olduğu tespit edilenleri yasaklamak ve gereği yapılmak üzere ilgili kuruluşlara bildirmek; Bakanlar Kurulu'nun 26.04.1982 gün ve 8/4644 sayılı kararıyla yürürlüğe konulmuş olan SPK Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinin 9/1-b maddesinde, Sermaye piyasasında izinli ya da izinsiz faaliyet gösteren kuruluşları, bu piyasada işlem gören menkul değerleri ve sermaye piyasasını ilgilendiren her türlü yayın, duyuru ve reklamları izlemek, bu amaçla arşiv oluşturmak, Sermaye Piyasası Kurulu'nun görevleri arasında sayılmış, ancak belirtilen görevin yönetmelikte SPK'nın hangi birimince yerine getirileceği belirlenmemiştir.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun kurulduğu tarihten bu yana bu konuda görevlendirilmiş ve bu amaçla donatılmış bir hizmet biriminin bulunmadığı görülmektedir.

26.04.1982 tarih, 8/4644 sayılı SPK Teşkilat Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinin 9/1-b maddesine göre "*Sermaye piyasasında izinli ya da izinsiz faaliyet gösteren kuruluşları, bu piyasada işlem gören menkul*

değerleri ve sermaye piyasasını ilgilendiren her türlü yayın, duyuru ve reklamları izlemek, bu amaçla arşiv oluşturmak" görev ve yetkisinin "izleme" olarak tanımlandığı,

Anılan Yönetmeliğin, 13/1-b maddesi ile mesleki nitelikli izleme raporlarını görüşüp karar bağlama görev ve yetkisinin Karar Organına verildiği, 26/c maddesi ile de, Kurul Kararlarının gereğinin yerine getirilmesini sağlamak, bu kararların uygulanmasını izlemek ve uygulama sonuçları hakkında üyelere bilgi vermek görev ve yetkisinin SPK Başkanına verildiği,

Aynı yönetmeliğin "*Çalışma Birimlerinin Teşkilatı ve Görev Tanımları*" başlıklı IV. Bölümünün 44. maddesi ile "*kamuyu aydınlatma ilkelerinin saptanması ve bu ilkeler çerçevesinde ortaklıkların kamuya açıkladıkları bilgilerin kontrolü ve izlenmesi*" görevinin "*Ortaklıklar Finansman Dairesi Başkanlığı*"na; 46. maddesi ile "*sermaye piyasalarında aracılık faaliyetlerini ifa eden veya edebilecek kurum ve kuruluşların mevzuata uygun kuruluş ve faaliyetlerine izin vermek... bu çerçevede gereken gözetim sistemini kurmak ve izlemek*" görevinin "*Aracılık Faaliyetleri Dairesi Başkanlığı*"na; 50. maddesi ile, "*ikinci el piyasaların mevzuata uygun biçimde düzenli ve güvenli çalışmasını temin etmek için piyasaları izlemek ve gözetimini yapmak, yatırımcının kolaylıkla, en az maliyet ve güvenle piyasalarda işlem yapmasını sağlamak için gereken tedbirleri almak ve düzenlemeler yapmak*" görevinin "*Piyasa Gözetim ve Düzenleme Dairesi Başkanlığı*"na verildiği,

Her halükârda 2499 sayılı Kanunun 22/g maddesi ile SPK'ya verilen Sermaye piyasasını ilgilendiren her türlü iletişim araçları ile yapılan yayın, duyuru ve reklamları izlemek ve bunların yanıltıcı olduğu tespit edilenleri yasaklamak ve gereği yapılmak üzere ilgili kuruluşlara bildirmek görevinin mezkur yönetmeliği 13/1,b ve 26/c maddeleri ile bizatihi Kurulun Karar Organının (*Üyelerin sorumlulukları mezkur yönetmeliğin 14, 17 ve 26. maddelerinde belirlenmektedir*) ve SPK Başkanının görev ve sorumluluk alanı içerisinde kaldığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, SPK'nın 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Hazine tarafından ihraç edilen DİBS'nin SPK'ya kayıt zorunluluğu bulunmamakta ise de, aynı Kanunun 30/b maddesi uyarınca DİBS'lerin aracılık amacıyla ikinci el piyasada alım satımının yapılabilmesi için SPK'dan yetki belgesi alınması zorunluluğu bulunmaktadır.

Yetkisi olmadığı halde Devlet Tahvili ve Hazine Bonosu satışı yapılmış gibi müşterilerinden para toplayan ve bu amaçla çeşitli gazete ve televizyonlarda ilân ve reklamlar veren T. İmar Bankası AŞ, Hazine Müsteşarlığı'nca kamuoyuna basın aracılığıyla duyurulan DİBS alım satımına yetkili banka ve aracı kuruluşlar arasında da yer almamaktadır.

Verdiği ilân ve reklamlarda böyle bir yetkisi olmadığı halde varmış gibi hareket ederek sermaye faaliyeti yürüten kişi ya da kuruluşların, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması amacıyla izlenmesi gerekmekte olup, SPK'nun 22/g maddesinin işletilmesi için, söz konusu yayın ve ilânları yapan kişi ya da kurumların sermaye piyasası kurumu ol-

ması gerekmemektedir. Kanunun anılan hükmü ile sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını temin maksadıyla böyle bir düzenlemeye gidildiği değerlendirilmektedir.

Nitekim anılan hüküm ile SPK'ya verilen izleme görevi sadece sermaye faaliyeti yürüten kişi yada kuruluşların verdiği yayın, duyuru ve reklamlarını değil, bir bütün olarak, sermaye piyasasının ilgilendiren her türlü iletişim araçları ile yapılan yayın, duyuru ve reklamları kapsamaktadır.

Anılan görev ve sorumluluğun *"Kurulun kurulduğu tarihten bu yana bu amaçla görevlendirilmiş ve donatılmış bir hizmet biriminin bulunmaması"* nedeniyle yerine getirilmemesinin, Türkiye'de ve yurt dışında yazılı ve görsel basında, elektronik ortamda yer almış, sermaye piyasasının ilgilendiren her türlü yayın, reklam ve duyurunun denetim ve gözetim gücünden ayrı olarak salt izlenmesi imkanı bulunmadığından bahisle, bu kapsamda bir izleme biriminin oluşturulmasının uygulanabilir nitelik taşımadığı gerekçesine dayandırılmasının, SPK'nın yukarıda da belirlenen görevi doğrultusunda yatırımcıların hak ve yararlarının korunması bağlamında hukuki bir nitelik taşımadığı değerlendirilmektedir.

Asli görevi sermaye piyasalarının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek olan SPK'nın kanunla kendisine verilmiş bir görevi, Kurulun iç görev ve çalışma esaslarını düzenleyen bir yönetmelikte hangi alt birim tarafından yapılacağının yer almamış olması ve-veya bu amaçla donatılmamış olması gerekçeleriyle yerine getirmemesi düşünülemez.

Bu bağlamda, T. İmar Bankası AŞ'nin yetkisi olmadığı halde gerek yazılı gerekse görsel medyada verdirdiği Hazine bonosu satış reklamları ile ilgili olarak, gözetim ve denetim görevini gereği gibi yapmaması nedeniyle SPK'nın da ilgili mevzuat çerçevesinde kusurlu olduğu sonucuna varılmıştır.

İmar Bankasının açığa bono satışı işleminin gizlenmesine yönelik olduğu iddia edilen işlemler, Banka bünyesinde sanki bankanın kendi tüzel kişiliği gibi hareket eden, banka şubelerine bilgi işlem sisteminin işleyişi konusunda talimat veren, bununla birlikte Bankalar Kanunu açısından gerek gizlilik gerekse diğer hükümler itibarıyla hukuki bir dayanağı bulunmayan Merkez Yatırım Tic. AŞ üzerinden gerçekleştirilmiştir. Bu hususun denetim yapan Bağımsız denetim şirketi ve Bankalar Yeminli Murakıpları yanında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun bir anlamda omurgasını oluşturan Değerlendirme ve Uygulama Dairesi Başkanlığınca dikkate alınmamış olması yönetimdeki zaafiyeti göstermektedir.

Ayrıca, Bankalarca hazine bonosu satışlarında hisse senetlerinde olduğu gibi müşteri bazında takip sistemi oluşturulması hususunda herhangi bir çalışma da yapılmadığı görülmektedir.

Bu bağlamda davacının zararının oluşmasında hizmet kusuru bulunan BDDK ve SPK tarafından davacının zararının tazmin edilmesi gerek-

tiği sonuca varılmıştır. Davacının tazmin edilmesi gereken zararının ise DİBS/Hazine bonosu almak amacına matuf olarak İmar Bankası T.A.Ş'ne yatırmış olduğu bedelin ulaşacağı nominal bedel olduğundan bu miktarın dava tarihinden itibaren yasal faiziyle tazmin edilmesi gerektiği düşünülmektedir

Bakanlar Kurulu kararına karşılık açılan davanın ise davacının anılan karar kapsamına alınmamasında dayandığı 5021 sayılı kanuna aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Danıştay Savcısı Nevzat ÖZGÜR'ün Düşüncesi : 4.7.2003 tarih ve 25158 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 3.7.2003 tarih ve 1085 sayılı kararı ile yükümlülüklerini vadesinde yerine getirmeyen, alınması istenen tedbirleri almayan, faaliyetine devamı mevduat sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz eden Türkiye İmar Bankası TAŞ'ın 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin (3) numaralı fıkrası hükmü uyarınca bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmış ve Bankalar Kanunu'nun 16. maddesinin 1.fıkrası uyarınca Bankanın yönetim ve denetimi Fona intikal etmiştir.

5021 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Bankalar Kanunu Hükümlerine İstinaden Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketi Hakkında Tesis Edilecek Bazı İşlemler Hakkında Kanun'un 1. maddesinde "18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü maddesinin (3) numaralı fıkrası veya (5) numaralı fıkrasının (a) bendinin (aa) alt bendi uyarınca bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankalarda bulunan tasarruf mevduatı sigortası kapsamındaki tasarruf mevduatı, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından ödenir. Mevduat tutarlarına bağlı olarak defaten veya taksitler halinde ödeme, taksitler halinde ödemede faiz uygulanması durumunda esas alınacak faiz oranları, ödemelerle ilgili olarak mudiler ve hak sahiplerinden alınacak taahhütnamelerde yer alacak hususlar ile ödemelere ilişkin diğer hususlar, Hazine Müsteşarlığı ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun müşterek önerisi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir.

Ancak, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme iznini kaldırdığı tarihten geriye doğru bir ay içinde, kıyı bankalarındaki hesapları Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca sağlanan mevduat güvencesi kapsamına almak amacına matuf olarak, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankaların yurt içi kayıtlarına, muhabir bankaca karşılığı nakden veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan banka dışındaki bir banka aracılığıyla ödenmeksizin aktarıldığı tespit edilen hesaplar ile muvazaalı olduğu Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından tespit edilen hesaplar için Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca herhangi bir ödeme yapılmaz." kuralına yer verilmiştir.

Aktarılan yasa hükmü uyarınca düzenlenen dava konusu 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 3. maddesinin 1. fıkrasında, Banka kayıtlarında tasarruf mevduatı olarak izlenen ve madde devamında belirtilen hesapların Kanunun 15 ve 16. maddeleri uyarınca sigorta kapsamındaki tasarruf mevduatı olarak kabul edilmeyeceği ve bu hesaplara ilişkin olarak Fon tarafından herhangi bir ödeme yapılmayacağı belirtilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; T. İmar Bankası TAŞ'dan hazine bonusu satın alan davacının 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının iptalini ve hazine bonusu karşılığının faiziyle birlikte ödenmesini istediği anlaşılmaktadır.

Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan T. İmar Bankası TAŞ Nezdinde Bulunan Tasarruf, Ticari Kuruluşlar ve Diğer Kuruluşlar Mevduatının Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Ödenmesine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının incelenmesinden de görüleceği gibi, tasarruf mevduatı olarak kabul edilmeyecek ve Fon'ca ödeme yapılmayacak hesaplar arasında hazine bonusu hesapları ile ilgili herhangi bir düzenleme getirilmediğinden, davacının sözü edilen Bakanlar Kurulu Kararının iptalini istemekte güncel menfaati bulunmamaktadır.

Öte yandan, iflası için Mahkemeye başvuru T.İmar Bankası T.A.Ş deki hesabı karşılığında herhangi bir ödeme yapılmayan davacının Bankanın iflasına karar verilmesi halinde iflas masasına alacaklı kaydı yaptırması ve kendisine ödeme yapılmaması halinde gerçekleşmiş bir zararının varlığından söz edilebileceğinden, bu aşamada tazminat talebinin incelenme olanağı bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenle, Bakanlar Kurulu Kararının iptali istemine yönelik davanın ehliyet yönünden reddine; tazminat isteminin ise esastan reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onüçüncü Dairesince Tetkik Hâkiminin raporu ve sözlü açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki bilgi ve belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Dava, 03.01.2004 tarih ve 25335 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 29.12.2003 tarih ve 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu kararının iptali, anılan kararın dayanağı olan 5021 sayılı Kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması, davacının Banka aracılığıyla satın almış olduğu 9.999YTL tutarındaki DİBS'nin vade sonunda ulaşacağı nominal bedelinin vade bitiminde, vade tarihine kadar işlemiş ve dava süresince işleyecek en yüksek ticari faiz oranıyla davalı idarelerden müteselsilen tahsiline karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Davacının 5021 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Bankalar Kanunu Hükümlerine İstinaden Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketi Hakkında Tesis Edilecek Bazı İşlemler Hakkında Kanun"un Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin iddiası ciddi bulunmamıştır.

Davalı idarelerin usûle ilişkin itirazları yerinde görülmeyle Üye ...'in usule ilişkin karşı oyu ile işin esasının incelenmesine geçildi:

04.07.2003 tarih ve 25158 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, BDDK'nın 3.7.2003 tarih ve 1085 sayılı kararı ile, yükümlülüklerini vadesinde yerine getirmeyen, alınması istenen tedbirleri almayan, faaliyetine devamı mevduat sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz eden Banka'nın 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin (3) numaralı fıkrası hükmü uyarınca bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmış ve Bankalar Kanunu'nun 16.maddesinin 1.fıkrası uyarınca yönetim ve denetimi Fon'a intikal etmiştir.

Daha sonra 16.12.2003 günlü 5021 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle "18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü maddesinin (3) numaralı fıkrası veya (5) numaralı fıkrasının (a) bendinin (aa) alt bendi uyarınca bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankalarda bulunan tasarruf mevduatı sigortası kapsamındaki tasarruf mevduatı, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından ödenir. Mevduat tutarlarına bağlı olarak defaten veya taksitler halinde ödeme, taksitler halinde ödemede faiz uygulanması durumunda esas alınacak faiz oranları, ödemelerle ilgili olarak mudiler ve hak sahiplerinden alınacak taahhütnamelerde yer alacak hususlar ile ödemelere ilişkin diğer hususlar, Hazine Müsteşarlığı ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun müşterek önerisi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir.

Ancak muvazaalı olduğu Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından tespit edilen hesaplar için Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca herhangi bir ödeme yapılmaz." hükmü getirilerek Fon'ca yapılacak ödemenin koşulları belirlenmiş Banka'dan DİBS alanlar Yasa kapsamı dışında tutulmuştur.

Yasa'nın bu hükmüne koşut olarak düzenlenen dava konusu Bakanlar Kurulu kararında da, Banka tarafından ikincil piyasada satışı yapılan DİBS hakkında herhangi bir düzenleme yapılmamış ve bu durum kapsam dışı bırakılmıştır. Bu nedenle dayanağı 5021 sayılı Yasaya uygun bulunan dava konusu Bakanlar Kurulu kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacının, Bankadan ikincil piyasa işlemi olarak satın aldığı DİBS bedeline ilişkin zararının idarelerin hizmet kusurundan doğduğu iddiasıyla tazmini istemine gelince:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-c maddesinde davanın hasım gösterilmeden ya da yanlış hasım gösterilerek açılması halinde,dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine karar verileceği kurala bağlanmıştır.

Bu bağlamda, davacının davalıların hizmet kusuruna yönelik iddiaları ve dava dosyasına ekli bilgi ve belgeler incelendikten; DİBS'nin birincil ve ikincil piyasada satışına ilişkin yasal düzenlemeler ve davalı idarelere kuruluş yasaları ile verilen görev ve yetkiler değerlendirildikten sonra, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Hazine Müsteşarlığı ve T.C. Merkez Bankası hasım konumundan çıkarılarak, dava Başbakanlık yanında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun husumetiyle incelenmiştir.

Bilindiği gibi, idarenin kusurlu sorumluluğundan söz edebilmek için, idarenin hizmet kusuruna dayalı davranışından bir zarar doğması ve bu davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Hizmet kusuru kavramı genel anlamıyla bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık, eksiklik ve bozuklukları ifade etmektedir. Başka bir anlatımla, yasalarla kendisine görev olarak verilen kamu hizmetinin işlemlerini sağlayacak örgütü kurmak, gerekli organizasyonu sağlamak, denetimleri yapmak ve önlemleri almakla yükümlü olan idarelerin, bu yükümlülüklerini gereği gibi ve zamanında yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik hallerinde idarenin hizmet kusurunun varlığı kabul edilmektedir. İdarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluk halleri, uygulama süreci içinde giderek artmış ve yaygınlaşmışsa da bu haller günümüz öğreti ve içtihatlarında da hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi şeklinde üç ana başlık halinde toplanmaktadır. Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yapılmamış olması, hizmetin beklenen özen, dikkat ve kalitede yapılmaması, hizmetin geç işlemesi, hizmetin belli bir çabukluk içinde ve zamanında yerine getirilmemesi beklenen ölçü ve süratin gösterilmemesi, hizmetin hiç işlememesi de idarenin yükümlü ve görevli kılındığı hizmeti yerine getirmemesi, hareketsiz kalması olarak tanımlanmaktadır.

Bu ilkeler çerçevesinde dava konusu uyumsuzluk değerlendirildiğinde:

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 3. maddesinde, *"Bu Kanun ve ilgili diğer mevzuatın, Kanunda gösterilen yetkiler çerçevesinde düzenlemeler yapmak suretiyle uygulanmasını sağlamak, uygulamayı denetlemek ve sonuçlandırmak, tasarrufların güvence altına alınmasını temin etmek ve Kanunla verilen diğer görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip "Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu" kurulmuştur. Kurum, tasarruf sahiplerinin haklarını ve bankaların düzenli ve emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye sokabilecek ve ekonomide önemli zararlar doğurabilecek her türlü işlem ve uygulamaları önlemek, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamak üzere gerekli karar ve tedbirleri almak ve uygulamakla yükümlü ve yetkilidir."* denilmek suretiyle BDDK'nın görevleri sayılmış, aynı Kanun'un 5. maddesinde yer alan, *"1-Bu Kanun ile diğer kanunların bankalarla ilgili hükümlerinin uygulanmasının ve her türlü bankacılık işlemlerinin denetimi, bankaların varlıkları, alacakları, öz kaynakları, borçları, kâr ve zarar hesapları ara-*

sındaki ilgi ve dengelerin ve malî bünyeyi etkileyen diğer tüm unsurların tespit ve tahlili Kurum adına doğrudan Başkana bağlı bir Kurul teşkil eden bankalar yeminli murakıpları ve yardımcıları tarafından yapılır.

2. Bankalar yeminli murakıpları ve yardımcıları; bu Kanunda yazılı görevleriyle kayıtlı olmak üzere vergi inceleme yetkisine ve 20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümlerine aykırı hareket eden banka ve ilgililer hakkında adı geçen Kanunun ek 1 inci maddesindeki yetkilere sahip oldukları gibi tüm bankaların kuruluş kanunu hükümleri ile diğer kanunların bankalarla ilgili hükümlerinin uygulanmasını da denetlemeye yetkilidirler." hükmü ile Bankalar Yeminli Murakıpları'nın görevleri düzenlenmiştir.

Bu durumda, BDDK'nın, tüm bankaları belli bir disiplin altında izlemek, bunların gerek malî bünyelerinin sağlam olup olmadığı ve gerekse mevzuata uygun davranıp davranmadıkları hususunda gerekli olan denetim ve gözetim görevini yerine getirmekle yükümlü olduğu, bu çerçevede, bankaların Hazine Müsteşarlığına ve TC Merkez Bankasına gönderdikleri malî tablolar üzerinde yapılan inceleme sonuçlarına göre, bankaların bankalar yeminli murakıpları tarafından denetlenmesini sağladığı, yine bankalar yeminli murakıplarının yıllık çalışma programına bağlı olarak bankaların merkez ve şubelerinin denetlendiği görülmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Banka'nın DİBS satışlarında BDDK'nın sorumluluklarının incelendiği 30/04-01 sayılı 09.01.2004 tarihli Başbakanlık Teftiş Kurulu Raporu ile; Bankanın 1998 yılından 09.06.2003 tarihine kadar birincil piyasadan toplam 410.233.113.440.000.-TL'lik DİBS aldığı; Banka'nın borsa üyelik ve aracılık faaliyetlerinde bulunma yetkisinin SPK'nun 25.10.1990 tarih, 50/183 sayılı kararı ile kaldırıldığı, SPK'nun anılan kararının 22.11.1990 tarih DEDA-10/1178-5229 sayılı yazıyla Hazine Müsteşarlığına, 16.11.1990 tarih, DEDA-10/1127-5102 sayılı yazıyla İMKB'na ve 16.11.1990 tarih, DEDA-10/1128-5103 sayılı yazıyla Banka'ya bildirildiği; Bankalar Yeminli Murakıplarınca düzenlenmiş olan 15.8.2003 tarih, R-5,7,6,6,5,7,10,4,6,9 sayılı raporda da; SPK'nun 21.11.1990 tarihli toplantısında Banka'nın aracılık faaliyetlerinin durdurulmasına karar verilmesi nedeniyle aracı kuruluş niteliği olmayan ve DİBS kesin alım-satım işlemleri gerçekleştirme yetkisi bulunmayan Banka'nın müşterileri adına DİBS satımı yaptığı, Banka müşterileri adına yapılan bu işlemlerin önemli bir kısmının açığa gerçekleştirildiği, Banka'nın müşterileri adına DİBS alım-satım işlemlerine yoğun olarak başladığı 21.10.2002 tarihinden itibaren sistematik bir şekilde fiilen satışını yaptığı DİBS'nin önemli bir kısmını portföyünden düşmediği, müşterilerinin hesaplarına geçmediği, bu tutarları İMKB'ye tescil ettirdiği DİBS'ni ise, 03/07/2003 tarihi itibarıyla satmış olduğu, 30.06.2003 tarihi itibarıyla DİBS portföyü T.C.Merkez Bankasının Resmî Gazete'de açıkladığı değer üzerinden 15 milyar TL düzeyine kadar düşmüş olmasına rağmen 30.06.2003-03.07.2003 tarihleri arasında bu tutarların çok üzerinde bono

ve tahvil satışı gerçekleştirdiği hususları ile 21.11.1990 tarihinden bu yana Banka'nın DİBS'nin müşterilere kesin alım-satımına aracılık işlemleri dahil herhangi bir sermaye piyasası faaliyetini yürütme yetkisi ve izni bulunmadığının, herhangi bir yetki ve izni olmadığı halde Banka, basın yayın yoluyla DİBS sattığını ilân etmek ve şubeleri vasıtasıyla söz konusu işlemleri gerçekleştirmek suretiyle Banka'nın aracılık faaliyetleri yapma izninin bulunduğu hususunda yatırım sahiplerinin yanımlarına sebebiyet verildiğinin, Bankanın, DİBS getirisinin diğer yatırım araçlarının getirisine göre daha yüksek olduğu dönemlere paralel olarak 2002 yılının son iki ayında ve 2003 yılında söz konusu açığa satış işlemlerine yoğun olarak başvurduğunun tespit edildiği anlaşılmıştır.

Yukarıda atıf yapılan Başbakanlık Teftiş Kurulu Raporu'nda da, Değerlendirme ve Uygulama Dairesi Başkanlığı'nın bağlı olduğu Başkan Yardımcısının imzaladığı, 21.10.2002 tarih 1346 sayılı yazı üzerine BDDK Başkanlığı'nın 21.10.2002 tarih BDDK.DEG/43-3-1346 sayılı onayı ile Banka'nın yabancı para ve Türk lirası hesaplara uygulandığı belirtilen faiz oranları ile o dönemde uygulanmakta olan faiz oranları arasındaki ciddi farklılıklar ile Banka'nın *"Hazine Bonosuna Endeksli Mevduat Hesabı"* adlı bir uygulamasının olup olmadığı hususlarının bankalar yeminli murakıpları tarafından incelenmesinin istendiği; incelemeyi yapmakla görevlendirilen Bankalar Yeminli Başmurakıby tarafından düzenlenmiş olan 21.11.2002 tarih M-14/ 153-1520 sayılı mütalâa'nın 4. sayfasında; *"Banka'da Hazine Bonosuna Endeksli Mevduat Hesabı"* adı altında herhangi bir hesaba rastlanılmamıştır. Banka yetkililerince tarafımıza yapılan açıklamada Banka'ca yapılan Hazine bonusu satışının sanki böyle bir hesap varmış gibi anlaşılmış ya da anlatılmış olabileceği ifade edilmiştir." tespitine yer verildiği; bu mütalâanın Bankalar Yeminli Murakıpları Kurulu Başkanlığı'nca Başkan Yardımcısı'na intikal ettirildiği, Başkan Yardımcısı'nın bu yazıyı havale etmek suretiyle Daire Başkanı, yardımcı ve Bankacılık Uzman Yardımcısını bilgilendirdiği, Banka'ya yazılan 18.12.2002 tarih, BDDK.DEG/43-2-14109 sayılı yazıyla; murakıp incelemesi sonucunda hatalı olduğu tespit edilen hususların düzeltilmesinin istendiği, murakıp incelemesinde de eleştirilmeyen DİBS konusuna bu yazıda yer verilmediği, BDDK tarafından bankaya Yönetim Kurulu Üyesi olarak atanan kişi tarafından 13.01.2003 tarihinde BDDK'ya yazılan yazıda; *"Banka, yılın son döneminde müşterilerine Hazine bonusu satışına başlamış ve bu satışları gazetelerde verilen, faiz oranı ilânları ile desteklemiştir. 02.01.2003 tarihli Banka verilerine göre emanet deposundaki hazine bonusu tutarı 13 trilyon düzeyindedir."* denildiği; bu yazının Başkan Yardımcısı tarafından 14.01.2003 tarihinde Değerlendirme ve Uygulama Dairesi Başkanı'na havale edildiği, aynı yazının haveale edilmek suretiyle Daire Başkanı, Başkan Yardımcısı ve Bankacılık Uzman Yardımcısının bilgilendirildiği ve yine 17.01.2003 tarihli yazı ile Bankalar Yeminli Murakıpları Kurulu Başkanlığına intikal ettirildiği ve Bankalar Yeminli Murakıpları Kurulu Başkanlığı'nca bilgi için Banka'da denetim yapan Bankalar Yeminli Murakıby'na gönderildiği; Maliye Müfettiş'i'nin BDDK'na mu-

hatap 14.03.2003 tarih 9/5 sayılı yazısında " *Müfettişlikçe yapılacak vergi incelemelerinde kullanılmak üzere bütün bankalardan Gelir Vergisi Kanunu'nun 75/5 maddesinde yer alan menkul sermaye iratlarına ilişkin bilgiler istenmiştir. Türkiye İmar Bankası AŞ'den alınan cevabı yazıda bu kapsamda işlemlerinin olmadığı ifade edilmiştir. Ancak, diğer bütün bankaların anılan madde dahilinde işlemleri mevcut olup bunlara ilişkin bilgileri müfettişliğinizce bildirmelerine rağmen sadece İmar Bankası Genel Müdürlüğü'nde Devlet tahvili ve Hazine bonosu alış ve satış işlemlerinin olmaması inandırıcı bulunmamıştır. Ayrıca, ulusal televizyon kanallarında halen devam eden reklamlarda 'İmar Bankası tarafından Devlet tahvili ve Hazine bonolarına en yüksek faiz verildiği' şeklinde sloganlar kullanılmaktadır. Kurumunuzca, en kısa sürede Türkiye İmar Bankası nezdinde inceleme yapılarak Devlet tahvili ve Hazine bonosu alış satış işlemlerinin olup olmadığının tespit edilip tarafımıza bildirilmesi yapılacak vergi incelemeleri açısından önem arz etmektedir.*" denildiği, bu yazının Başkan Yardımcısı tarafından Değerlendirme ve Uygulama Dairesi Başkanı'na havale edildiği, yine bu yazının Daire Başkan Yardımcısı'na ve Bankacılık Uzman Yardımcısı'na havale ettiği ve Maliye Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığına Başkan Yardımcısı imzası ile gönderilen 28.03.2003 tarih 3659 sayılı cevabı yazıda, söz konusu incelemenin vergi incelemesine yönelik olması nedeniyle incelemenin kendileri tarafından gerçekleştirilmesinin uygun olacağını belirtildiği, Bankaca Hazine Bonosu satışı reklamlarının, hukuken başlatılması gereken ve alınması gereken tedbirler bakımından önemi dikkate alınarak yazılı ve görsel medya organlarında yer alan reklamların tespitine çalışıldığı, bu nedenle, Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü arşivinde yaptırılan incelemeler neticesinde çeşitli gazetelerde yayınlanmış olan "Yüksek Faizli TL 'Hazine Bonosu'nu Türkiye İmar Bankası'ndan satın alabilirsiniz" başlıklı reklamlar ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na yazılmış olan 04.12.2003 tarih, 30/03-77 sayılı yazıya istinaden bu Kurumdan gönderilmiş olan 04.12.2003 tarih 0011144 sayılı yazı eki "Star" yayın kuruluşunun 01.12.2002-08.12.2002-26.12.2002 ve 04.03.2003-26.03.2003 tarihlerine ilişkin İmar Bankasının Hazine Bonosu reklamlarını içeren yayın bantları temin edildiği, mevcut sistemde, DİBS'ler ikincil piyasadaki satışlarına ilişkin bir kayıt bulunmadığı ve izlenmediği, bu durumun düzeltilmesi ve DİBS'nin müşteri bazında saklanmasına yönelik olarak Takasbank nezdinde bir sistem kurulmasına ilişkin 02.05.2002 ve 20.08.2003 tarihlerinde Hazine Müsteşarlığı, TCMB, SPK ve Takasbank temsilcilerinin katılımı ile toplantılar düzenlendiği, SPK'nın 02.10.2003 tarih, 1365 sayılı yazısı eklerinden anlaşıldığı tespitlerine yer verildiği görülmektedir.

Bankalar Yeminli Murakıplarınca düzenlenmiş olan 15.08.2003 tarih, R-5,7,6,6,5,7,10,4,6,9 sayılı Rapor'da da ayrıca SPK'nun 21.11.1990 tarihli toplantısında Banka'nın aracılık faaliyetlerinin durdurulmasına karar verilmesi nedeniyle aracı kuruluş niteliği olmayan ve DİBS'nin kesin alım-satım işlemleri gerçekleştirme yetkisi bulunmayan Banka'nın müşterileri adına DİBS satımı yaptığı, Banka müşterileri adına yapılan bu işlemlerin önemli bir

kısının açığa gerçekleştirildiği, Banka'nın müşterileri adına *DİBS* alım-satım işlemlerine yoğun olarak başladığı 21.10.2002 tarihinden itibaren sistematik bir şekilde, fiilen satışını yaptığı *DİBS*'nin önemli bir kısmını portföyünden düşmediği, müşterilerinin hesaplarına geçmediği, bu tutarları İMKB'ye bildirmediği, kendi portföyünden düşerek emanet hesaplarına aldığı ve İMKB'ye tescil ettirdiği *DİBS* leri ise 03.07.2003 tarihi itibarıyla satmış olduğu, 30.06.2003 tarihi itibarıyla *DİBS* portföyü T.C. Merkez Bankasının Resmi Gazete'de açıkladığı üzerinden 15 milyar TL düzeyine kadar düşmüş olmasına rağmen 30.06.2003-03.07.2003 tarihleri arasında bu tutarların çok üzerine bono ve tahvil satışı gerçekleştirdiğinin; Bankanın 2002 yılında yaptığı *DİBS* satışlarına ilişkin tablodan; Bankanın 21.10.2002 tarihinden 31.12.2002 tarihine kadar yapmış olduğu toplam gerçek satış tutarının 213.967.059.734.860 TL olduğu, kayıtlara yansıtılan ve İMKB'ye tescil ettirilen satış tutarının ise 18.028.307.517.941 TL olduğu, aradaki farkın ise 195.938.757.216.919 TL olarak gerçekleştiği; bu durumun Bankanın müşterilerine satışını yaptığı *DİBS* işlemlerinin cüz'i bir kısmını kayıtlarına yansıttığını, tüm satış fişlerinin içerisinde bir kısmının seçilerek imzalandığını ve bu imzalı fişler esas alınarak İMKB'ye bildirim yapıldığını ve kayıt oluşturulduğunu gösterdiğinin; Banka'nın *DİBS* senedi portföyü 15 milyar TL düzeyinde iken, 30.06.2003 tarihinde net 551.132.364.452 TL, 01.07.2003 tarihinde net 3.459.316.350.546 TL, 02.07.2003 tarihinde ise net 16.834.485.270.152 TL tutarında *DİBS* satışı gerçekleştirilmiş olması, bu işlemlerin açığa yapıldığını tereddüde mahal bırakmayacak şekilde göstermektedir." denilmek suretiyle Bankanın açığa *DİBS* satışı yaptığı saptanmıştır.

21.08.2003 tarih, R-6, R-8, R-7, R-7, R-6, R-8, R-11, R-5, R-7, R-10 sayılı raporda ise, 21.10.2002-04.07.2003 tarihleri arasında, Banka'ca satışı yapılmış olup ödenmemiş 728.353.435.849.917 TL tutarında *DİBS* tutarı olduğu bunların nominal değerleri toplamının ise 1.023.672.644.900.000 TL olarak tespit edildiği; bankalar yeminli murakıplarınca düzenlenmiş olan 15.09.2003 tarihli 'Bankanın Muhasebe ve Bilgi İşlem Sisteminin Genel İşleyişi Hakkında Rapor'da da; muhasebe ve kayıt sistemi ile gerçek durumun gizlenmesine yönelik işlemler hakkında Banka'da yürütülen incelemelerde; şubelerin gerçekleştirdikleri işlemleri bilgi işlem sistemi aracılığı ile muhasebe sistemine terminallerde bulunan menüleri kullanarak girdiğinin, Banka organizasyonu içerisinde şube yönetici ve çalışanlarına, diğer bankalara kıyasla, minimum düzeyde yetki devri yapıldığı, bunun bir sonucu olarak Banka'nın bilgi işlem sisteminin de şube yönetici ve çalışanlarına minimum düzeyde bilgi aktaracak şekilde dizayn edildiği, şubelerin bilgi işlem sistemlerinden muavin kayıtlarını ve defter-i kebir hesapları bazında toplam varlık ve yükümlülüklerini göremediği, şube muavin kayıtları ile mizan ve envanterinin ancak Genel Müdürlük (veya Merkez Yatırım Ticaret AŞ) tarafından gerçeğe aykırı olarak, ancak kendi içinde tutarlı bir şekilde basıldığı ve şubelere gönderildiği, Banka işlemlerine ilişkin bilgi-işlem sistemi ve desteğinin "outsourcing" yolu ile Uzan Grubu'na dahil olan ve Banka'nın ortakları arasında yer alan Merkez Yatırım Ticaret AŞ tarafından sağlandığı, banka-

ların bilgi işlem hizmetlerini "outsourcing" yolu ile başka kuruluşlardan sağlanmasına yönelik olarak Bankalar Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmadığı ve bilgi-işlem hizmeti veren şirketin yönetici ve çalışanlarının sorumlulukları ile "outsourcing" hizmeti veren kişi ve kurumlar tarafından bilgilerin saklandığı elektronik hafıza, manyetik bant, kartuş, disket, cd ve benzerlerinin mülkiyetinin kime ait olduğu ve bunların saklama zorunlulukları konularında da düzenleme olmadığının görüldüğü belirtilmiştir.

Başbakanlık Teftiş Kurulu ve Bankalar Yeminli Murakıplarınca yapılan incelemeler sonucu düzenlenen raporların birlikte değerlendirilmesinden, 25.10.1990 tarih ve 50/183 sayılı SPK kararı ile Banka'nın borsa üyelik ve aracılık faaliyetlerinde bulunma yetkisinin kaldırıldığı ve bu kararın Hazine Müsteşarlığı'na, İMKB'ye ve Banka'ya gönderildiği, BDDK kurulduktan sonra söz konusu kararın Hazine Müsteşarlığı tarafından BDDK'ya gönderilmediği, 21.10.2002 tarihinde Banka'nın yetkisi olmadığı halde yoğun bir şekilde *DİBS* satışına başladığı ve bunu gazete ve televizyon reklamları ile halka duyurduğu, BDDK tarafından Bankaya Yönetim Kurulu Üyesi olarak atanan kişi tarafından 13.01.2003 tarihinde Banka'nın *DİBS* satışına başladığının BDDK'ya bildirilmesi üzerine, bu yazının, o dönemde Banka'da denetim yapan bankalar yeminli murakıplarına bilgi için gönderildiği, ayrıca Maliye Müfettişinin 14.03.2003 tarihli Banka nezdinde *DİBS* alım-satımının yapıp yapılmadığının tespit istem yazısının gönderildiği, Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca bir bankanın *DİBS* satışı için izin alması gerekirken, Banka'nın böyle bir izni olmadığı halde *DİBS* satışı yaptığının BDDK yetkililerince bilindiği halde Kurulun bunu önlemeye yönelik herhangi bir faaliyetinin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan Bankanın bankacılık faaliyetlerinin durdurulmasının sonrasında *"İmar Bankasının Muhasebe ve Bilgi İşlem Sisteminin Genel İşleyişi Hakkında"* bankalar yeminli murakıpları, idari personel, bilgi işlem dairesi başkanı ve diğer görevlilerden oluşan bir kurulca 15.09.2003 tarihli, R-7, R-9, R-8, R-8, R-9, R-12, R-6, R-8, R-11, R-1, R-6 sayılı raporda, Banka'nın yetkisi olmadığı halde Hazine Bonosu-Devlet Tahvili satmaya başlayacağını, satış usullerini, devam eden tarihlerde satış usullerinde yaptığı değişiklikleri, şubelere genelge ve yazışmalarla bildirdiği, 2003 yılı başında; şubelerce satılan *DİBS* makbuzlarının üzerine müşterinin başka bankaya devredilemeyeceğine ilişkin kaşe basılması ve şubeler tarafından satışlara dair makbuzların Genel Müdürlüğe gönderilmesi talimatı verildiği, şubelerin yapılan satışların kayıtları önce Merkezde bulunan ATM şubesinde olduğu, ardından Operasyon Müdürlüğü kayıtlarına intikal ettiği, Operasyon Müdürlüğü'nün kayıtları silinse dahi ATM Şubesi şeklinde adlandırılan kayıtlar mevcut kaldığı, Banka bünyesinde bilgi işlem sistemi Merkez Yatırım AŞ tarafından yürütüldüğü, şubelere doğrudan Merkez Yatırım AŞ tarafından izlenecek usul konusunda talimat gönderildiği tespit edilmiştir.

Bankanın denetimi sürecinde yapılacak tespitler bankanın hukuka aykırı işlemlerini engelleyebilecek iken, Bankalar Kanunu açısından her-

hangi bir hukuki statüsü bulunmayan Merkez Yatırım AŞ'nin bilgi işlem sistemini yürütmesi ve DİBS işlemlerinin toplandığı sanal ATM merkezi gibi hususlarla ilgili olarak bile tespit yapılmadığı ortaya konulmuştur.

Bu durumda, BDDK'nun Bankalar Kanunu hükümleri uyarınca, görevini gerektiği biçimde yerine getirmediği, Banka'nın yönetim ve işleyişindeki aksaklıkları ve Bankalar Kanunu'na aykırı işlemlerini zamanında saptayarak tasarruf sahiplerinin hak ve çıkarlarını koruyamadığı anlaşılmaktadır.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun hukuki sorumluluğuna gelince;

Sermaye piyasası araçları 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 3/b maddesinde tanımlanmış, gerek menkul kıymetler ve gerekse diğer sermaye piyasası araçları şartlarının Sermaye Piyasası Kurulunca belirleneceği ön görülmüştür. Aynı Kanun'un 22. maddesinin (g) bendinde, sermaye piyasasını ilgilendiren her türlü iletişim araçları ile yapılan yayın, duyuru ve reklamları izlemek ve bunların yanıltıcı olduğu tespit edilenleri yasaklamak ve gereği yapılmak üzere ilgili kuruluşlara bildirmek SPK'nun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Yasanın 30. maddesinin (b) fıkrası uyarınca sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunan aracı kuruluşların aynı Yasanın 31. maddesi uyarınca da bu faaliyetleri için Kurumdan izin almaları zorunludur.

Ayrıca, Sermaye Piyasası Kurulu Teşkilât, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinin "Çalışma Birimlerinin Teşkilatı ve Görev Tanımları" başlıklı IV. Bölümünün 46. maddesinde, *"sermaye piyasalarında aracılık faaliyetlerini ifa eden veya edebilecek kurum ve kuruluşların mevzuata uygun kuruluş ve faaliyetlerine izin vermek... bu çerçevede gereken gözetim sistemini kurmak ve izlemek"* görevinin, *"Aracılık Faaliyetleri Dairesi Başkanlığı"*na; 50. maddesi ile, *"ikinci el piyasaların mevzuata uygun biçimde düzenli ve güvenli çalışmasını temin etmek için piyasaları izlemek ve gözetimini yapmak, yatırımcının kolaylıkla, en az maliyet ve güvenle piyasalarda işlem yapmasını sağlamak için gereken tedbirleri almak ve düzenlemeler yapmak"* görevinin *"Piyasa Gözetim ve Düzenleme Dairesi Başkanlığı"*na verildiği görülmektedir.

Yukarıda belirtilen mevzuat uyarınca, SPK'nın Hazine tarafından ihraç edilen DİBS'nin ikincil piyasa işlemlerinde aracılık yapacaklara faaliyet izni vermek, ayrıca, sermaye piyasasını ilgilendiren her türlü iletişim araçları ile yapılan yayın, duyuru ve reklamları izlemek ve bunların yanıltıcı olanlarını saptayarak yasaklamak ve gereği yapılmak üzere ilgili kuruluşlara bildirme görevinin bulunduğu kuşkusuzdur.

Dosyadan, Kurul'ca Bankanın aracılık faaliyetlerinde bulunma yetkisinin 21.11.1990 tarihli kararla iptal edildiği, ancak DİBS alım-satımında yetkili olmayan Banka'nın çeşitli gazete ve televizyonlarda ilân ve reklamlar verdiği ve 1990 tarihinden itibaren yatırımcılara DİBS sattığı, SPK'nun ise, bu konuda herhangi bir işleminin bulunmadığı ve SPK'nun Kanunun kendisine verdiği gözetim ve denetim görevini yerine getirmediği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, SPK kararı ile borsa üyelik ve aracılık faaliyetlerinde bulunma yetkisi kaldırılan Banka'nın, yetkisi olmadığı halde ilân ve reklam vererek yatırımcılara gerek DİBS satışı gerekse bu ad altında satış yapmasını zamanında önlem olarak engel olmayan BDDK ve SPK'nun olayda kusurlu davranışları bulunduğu kuşkusuz olduğundan, anılan idarelerin davacının dosyada bulunan ve Banka'dan DİBS aldığını gösteren belgedeki yatırdığı tutar miktarındaki zararının hizmet kusuru bulunduğunun tespit edilmesi nedeniyle ödemeleri gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, davanın Bakanlar Kurulu kararının iptali istemine ilişkin kısmının reddine oybirliğiyle, davacının tazminat isteminin kabulü ile 9.999,97 YTL'nin hizmet kusurları saptanan BDDK ve SPK tarafından yarı yarıya dava tarihi olan 25.02.2005 gününden itibaren işletecek yasal faizi ile birlikte davacıya ödenmesine, davacının fazlaya ilişkin faiz isteminin reddine, hükmedilen miktar üzerinden hesaplanan 540,00 YTL nisbi karar harcından peşin yatırılan 135,00 YTL düşürdükten sonra kalan 405,00 YTL nisbi karar harcının davacıya tamamlatılmasına, aşağıda dökümü yapılan 686,30 YTL yargılama giderinin haklılık oranı dikkate alınarak 51,25 YTL sinin davacı üzerinde bırakılmasına, geri kalan 635,05 YTL sinin yarı yarıya davalı SPK ve BDDK'dan alınarak davacıya verilmesine, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre hesaplanan 1.110,00 YTL avukatlık ücretinin davalı SPK ve BDDK'dan yarı yarıya alınarak davacı vekiline verilmesine, oyçokluğu ile 02.12.2005 tarihinde karar verildi.

(X) KARŞI OY

2577 sayılı Yasa idari yargıda uyuşmazlıklara ilişkin olarak kişiler tarafından münferit dava açılma esası getirilmiş olup bunun istisnası olarak yasanın 12. maddesinde ilgililerin haklarını ihlal eden bir idari işlemden dolayı tam yargı davasını bu işleme karşı açılan iptal davası ile birlikte açabilme olanağı tanınmıştır, bunun dışında 5.madde gereğince aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık yada sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile dava açılabilmesi imkanı getirilmiştir. Davacının ise iptalini istediği bakanlar kurulu kararının İmar Bankası mevduat sahiplerine ödeme yapılmasına ilişkin bir düzenleme olması, davalı idarelerin imar bankasına yönelik denetim görevlerini yerine getirmedikleri iddiasıyla hizmet kusuruna yönelik talep ettiği hazine bonusu satın almak için yatırdığı paranın tazmini isteminin ise bu işlemten kaynaklanan bir zarar olmaması karşısında bu iptal ve tam yargı davalarına karşı ayrı ayrı dava açılması gerektiğinden dava dilekçesinin reddi gerektiği oyu ile işin esasının incelenmesi yolundaki karara katılmıyorum.

İşin Esasına gelince:

Dava Dosyası ve eki belgelerin incelenmesinden;

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 03.07.2003 tarih, 1085 sayılı kararı ile bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan İmar Bankasında, bu tarihten sonra yapılan incelemeler sonucunda; Şubelerce gerçekleştirilen mevduat kabulü, faiz tahakkuku, menkul sermaye iradı gelir vergisi ve fon payı stopaj kesintileri ve müşteriler ile gerçekleştirilen Hazine Bonusu

ve Devlet Tahvili işlemleri gibi bankacılık işlemlerinden, bazıları için her bir şube bazında Genel Müdürlük tarafından hesap bakiyelerine etki edecek fişler tanzim edildiği, bazı işlemlerin yine Genel Müdürlük nezdindeki muavin kayıtlarından silinerek çıkarıldığı, müşteri hesaplarına doğru olarak girilen bazı işlemlerin ise yalnızca belli bir oranda muavin kayıtlarına yansdığı,

Müşteriler ile gerçekleştirilen Hazine Bonosu ve Devlet Tahvili satış ve geri alım işlemlerinin önemli kısmının Banka'nın portföyünden düşülmediği, bu işlemlerin imzalı fişlerinin bulunmadığı, İMKB'ye tescil ettirilmek amacıyla bildirilmediği, bu işlemlere ilişkin muhasebe kayıtlarının Operasyon Müdürlüğü muavin defterinden silinmek suretiyle çıkarıldığı, bu silme işlemini gerçekleştirmek üzere bilgi işlem sisteminde özel programlar yazıldığı,

Banka'nın bilgi işlem sisteminin, Genel Müdürlük ve şubelerinin muavin kayıtları oluşturulurken, belli muhasebe fişlerini, hesap skontlarını atlayacak şekilde program yazılmasına ve çalıştırılmasına olanak verdiği, nitekim bilgi-işlem sisteminde bu mahiyette muavin oluşturan programların bulunduğu, bilgi işlem sisteminde müşteriler ile gerçekleştirilen Hazine Bonosu ve Devlet Tahvili işlemlerinin muavin kayıtları üzerinde çalışan 11 adet program yazılmış olduğu, bu programlardan bazılarının çeşitli dataları okuduğu ve bazı alanlarda yazdığı, bazı programların ise muavin kayıtlarını sildiği,

Banka işlemlerine ilişkin bilgi-işlem sistemi ve desteğinin "outsourcing" yolu ile Uzan Grubu'na dahil olan ve Banka'nın ortakları arasında yer alan Merkez Yatırım Ticaret AŞ tarafından sağlandığı, Banka'nın bilgi işlem sisteminin de şube yönetici ve çalışanlarına minimum düzeyde bilgi aktaracak şekilde dizayn edildiği, şubelerin bilgi işlem sistemlerinden muavin kayıtlarını ve defter-i kebir hesapları bazında toplam varlık ve yükümlüklerini göremediği, şube muavin kayıtları ile mizan ve envanterinin ancak Genel Müdürlük (veya Merkez Yatırım Ticaret AŞ) tarafından gerçeğe aykırı olarak, ancak kendi içinde tutarlı bir şekilde basıldığı ve şubelere gönderildiğinin, belirlendiği,

İmar Bankası TAŞ'ın Borsa üyelik ve aracılık faaliyetlerinde bulunma yetkisinin Sermaye Piyasası Kurulunun 25.10.1990 tarih, 50/183 sayılı kararı ile kaldırıldığı, Sermaye Piyasası Kurulunun mezkur kararının 22.11.1990 günlü yazıyla Hazine Müsteşarlığına, 16.11.1990 günlü yazılarla İstanbul Menkul Kıymetler Borsasına ve İmar Bankasına bildirilmesine rağmen, aracı kuruluş niteliği olmayan ve devlet iç borçlanma kesin alım-satım işlemleri gerçekleştirme yetkisi bulunmayan Bankaca müşterileri adına Hazine Bonosu ve Devlet Tahvili satımı yapıldığı, yapılan bu işlemlerin önemli bir kısmının açığa gerçekleştirildiği, Banka'nın müşterileri adına Hazine Bonosu ve Devlet tahvili alım satım işlemlerine yoğun olarak başladığı 21.10.2002 tarihinden itibaren sistematik bir şekilde, fiilen satışını yaptığı devlet iç borçlanma senetlerinin önemli bir kısmını portföyünden düşmediği, müşterilerinin hesaplarına geçmediği, bu tutarları İMKB'ya tescil ettirdiği Hazine Bonosu ve Devlet Tahvillerini ise 03/07/2003 tarihi itibarıyla satmış olduğu, 30/06/2003 tarihi itibarıyla devlet iç borçlanma senedi portföyü T.C. Merkez Bankasının Resmî Gazetede açıkladığı değer üzerinden 15 milyar TL düzeyine kadar düşmüş olmasına rağmen 30.06.2003-03/07.2003 tarihleri arasında bu tutarların çok üzerinde bono ve tahvil satışı gerçekleştirmek suretiyle aralarında davacının olduğu kişilerin, karşılığında bono ve tahvil olmadığı halde kandırılarak paraları alınmak suretiyle zarara uğratıldıkları anlaşılmaktadır.

Kamu idarelerinin tazmin sorumluluğu, kusurlu işlem veya eylemlerinden doğan kişisel bir zararın varlığına bağlı bulunması nedeniyle zarara yol açan fa-

aliyet hangi kamu tüzel kişinin yetki alanında ise sorumluluk ona ait olup, zarar değişik kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında doğmuş ise bu hizmetleri yürütmekle görevli her idare kendi katkısı oranında sorumlu olacaktır.

İdare hukuku alanında üçüncü kişilerle idare arasında özel hukuktaki gibi müteselsil bir sorumluluktan bahsedilemeyeceğinden, hem idarenin hem de üçüncü kişinin davranışının zararın ortaya çıkmasına yol açtığı durumlarda ise zararın tümünün idareden istenmesine olanak bulunmamaktadır. Bunların eylemlerinden birisinin varlığı olmaksızın zararın meydana gelmesi mümkün değilse sorumluluğun paylaşılması gerekir. Sorumluluğun idare ile üçüncü kişi arasında paylaşımı oranında, İdari yargıda idareden takip imkanı hakkı mümkündür.

Olayda davacının zararının, karşılığında hazine bono ve tahvil olmaması nedeniyle parasını İmar Bankasına yatırdığı tarihte doğduğu, bu zararı doğuran, ceza hukukuna göre suç teşkil eden organize bu eylemin asli faalinin de, İmar Bankası kanalıyla bunu organize eden şahıslar olduğu açıktır.

Davalı idarelerin bu sonucun ortaya çıkmasında sorumluluklarının saptanabilmesi, olayda bu eylemin önlenebilmesi için kendi görev alanlarında gereken inisiyatif kullanmaları konusunda kusurlarının olup olmadığının araştırılmasına bağlıdır.

Bu yönden dosya incelendiğinde, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Başkanlığı'nın 21.10.2002 tarihli Onayı ile Banka'nın yabancı para ve Türk lirası hesaplara uygulandığı belirtilen faiz oranları ile o dönemde uygulanmakta olan faiz oranları arasındaki ciddi farklılıklar ile Banka'nın "Hazine Bonosuna Endeksli Mevduat Hesabı" adlı bir uygulamasının olup olmadığı hususlarının incelenmesinin istenmesi üzerine, inceleme yapmakla görevlendirilen murakıp tarafından düzenlenen raporda "Banka'da Hazine Bonosuna Endeksli Mevduat Hesabı" adı altında herhangi bir hesaba rastlanılmamıştır. Banka yetkililerince tarafımıza yapılan açıklamada Banka'ca yapılan Hazine Bonosu satışının sanki böyle bir hesap varmış gibi anlaşılmış ya da anlatılmış olabileceği ifade edilmiştir." tespiti yer verildiği;

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca bankaya atanan Yönetim Kurulu Üyesi tarafından 13.01.2003 tarihinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna yazılan yazıda;

"Banka, yılın son döneminde müşterilerine hazine bonosu satışına başlamış ve bu satışları gazetelerde verilen, faiz oranı ilanları ile desteklemiştir. 02.01.2003 tarihli Banka verilerine göre emanet deposundaki hazine bonosu tutarı 13 trilyon düzeyindedir." denilmesi üzerine bu yazının 17.01.2003 tarihli yazı ile intikali sonucu Bankalar Yeminli Murakıpları Kurulu Başkanlığı'na bilgi için Banka'da denetim yapan Bankalar Yeminli Murakıbına gönderildiği, bununla ilgili başkaca işleme rastlanmadığı;

Maliye Müfettişi tarafından Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'na gönderilen, "Müfettişliğimizce yapılacak vergi incelemelerinde kullanılmak üzere bütün bankalardan Gelir Vergisi Kanununun 75/5 maddesinde yer alan menkul sermaye iratlarına ilişkin bilgiler istenmiştir. Türkiye İmar Bankası A.Ş'den alınan cevabı yazıda bu kapsamda işlemlerinin olmadığı ifade edilmiştir. Ancak, diğer bütün bankaların anılan madde dahilinde işlemleri mevcut olup bunlara ilişkin bilgileri müfettişliğimize bildirmelerine rağmen sadece İmar Bankası Genel Müdürlüğü'nde devlet tahvili ve hazine bonosu alış ve satış işlemlerinin olmaması inandırıcı bulunmamıştır. Ayrıca, ulusal televizyon kanallarında halen devam eden reklamlarda "İmar Bankası tarafından devlet tahvili ve hazine bonolarına en yüksek faiz verildiği" şeklinde sloganlar kullanılmaktadır. Kurumunuzca, en kısa sürede Türkiye İmar Bankası nezdinde inceleme yapılarak devlet tahvili ve hazine bonosu alış satış işlemlerinin olup olmadığının tespit edilip tarafımıza bildiril-

mesi yapılacak vergi incelemeleri açısından önem arz etmektedir." içerikli 14.03.2003 tarihli yazıya, Başkan Yardımcısı imzası ile Maliye Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığına gönderilen 28.03.2003 günlü cevabı yazıda, söz konusu incelemenin vergi incelemesine yönelik olması nedeniyle incelemenin kendileri tarafından gerçekleştirilmesinin uygun olacağının belirtildiği anlaşılmaktadır.

Bu belirtilen yazılarla, İmar Bankası'nın müşterilerine hazine bonusu satışı yaptığı bilgisinin müteadditen Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na intikal ettiğinin tespit edilmesi karşısında;

4389 Sayılı Bankalar Kanunu 6/d maddesi uyarınca tasarruf sahiplerinin haklarını ve bankaların düzenli ve emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye sokabilecek ve ekonomide önemli zararlar doğurabilecek her türlü işlem ve uygulamaları önlemek üzere Kanunda ve diğer mevzuatla kendisine verilen yetkiler çerçevesinde gerekli gördüğü her türlü tedbiri almakla görevli olan, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun, kendisine intikal eden bu bildirimlere rağmen, bir bankacılık işlemi olmamakla beraber bankada yürütülen devlet tahvil ve hazine bonusu alış satış işlemlerinin yapıp yapılmadığının tespiti konusunda konunun önemine uygun gereken aktiviteyi göstermemesi sonucunda İmar bankasındaki yasa dışı olan bu faaliyetlerin önleyemeyerek davacıların zararının oluşmasında kusurunun bulunduğu aşıkardır.

Sermaye Piyasası Kurulu sorumluluğuna gelince,

Sermaye Piyasası Kurulu'nun Bankaları denetleme ve gözetim görev ve yetkisi bulunmamakla beraber, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin (g) bendinde, Sermaye piyasasını ilgilendiren her türlü iletişim araçları ile yapılan yayın, duyuru ve reklamları izlemek ve bunların yanıltıcı olduğu tespit edilenleri yasaklamak ve gereği yapılmak üzere ilgili kuruluşlara bildirmek; Bakanlar Kurulu'nun 26.04.1982 gün ve 8/4644 sayılı kararıyla yürürlüğe konulmuş olan SPK Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinin 9/1-b maddesinde, Sermaye piyasasında izinli ya da izinsiz faaliyet gösteren kuruluşları, bu piyasada işlem gören menkul değerleri ve sermaye piyasasını ilgilendiren her türlü yayın, duyuru ve reklamları izlemek, bu amaçla arşiv oluşturmak, Sermaye Piyasası Kurulu'nun görevleri arasında sayılmıştır.

İmar Bankası'na 21.10.2002 tarihinden sonra, "Yüksek Faizli TL Hazine Bonosunu Türkiye İmar Bankası'ndan satın alabilirsiniz" başlıklı çeşitli gazetelerde yayınlanan reklamların, "Star" yayın kuruluşunda 01.12.2002-08.12.2002-26.12.2002 ve 04.03.2003-26.03.2003 tarihlerinde yapılan, İmar Bankası'nın Hazine Bonusu reklamlarını içeren yayınların, hazine bonolarının sermaye piyasası araçlarından olması itibarıyla görevinde bulunmasına rağmen, Sermaye Piyasası Kurulu'nun kurulduğu tarihten bu yana bu konuda görevlendirilmiş bir hizmet biriminin olmaması nedeniyle izlenmediği anlaşılmaktadır.

Kurumun, kanunla verilen yanıltıcı bu yayınları izleme ve önleme görevini yerine getirmemesi hizmet kusuru teşkil etmekte olup, bu görevini yapmış olsa idi, Borsa üyelik ve aracılık faaliyetlerinde bulunma yetkisi 1990 tarihinde kaldırılmış olan ve devlet iç borçlanma kesin alım-satım işlemleri gerçekleştirme yetkisi bulunmayan İmar Bankasının bu işlemlerinin, yasal olmadığını ilgili mercilere bildirmek suretiyle zararın oluşmasını engelleyeceği aşıkardır.

Diğer davalı idarelerin ise olayın oluşumu itibarıyla tazmini gerektiren bir sorumlulukları bulunmamaktadır.

Bu belirlemeler çerçevesinde, olayda davacının zararı, doğrudan idarelerin belirtilen kusurlarından doğmadığından, zararın tümünün bu idarelerden istenmesine

olanak bulunmamaktadır. Bu itibarla sorumluğun idare ile İmar bankası sorumluları arasında paylaşımı oranında idareler yönünden tazmini gerekmesi karşısında, zararın ortaya çıkmasında tüm sorumluluk on birim olarak belirlendiğinde, olayın niteliği, gelişimi ve sonucun ortaya çıkmasında etkinlikleri göz önüne alınmak suretiyle, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun 4/10, Sermaye Piyasası Kurulunun 1/10 oranında sorumlu tutulması gerektiği kanaatine ulaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle davacının talep ettiği tazminat miktarının 4/10 nun Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumundan, 1/10 nun Sermaye Piyasası Kurulundan alınması yolunda hüküm kurulması, fazlaya ilişkin istemin reddi gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.

XX KARŞI OY

Devlet iç borçlanma senetleri (DİBS), 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun uyarınca Hazine Müsteşarlığınca birincil piyasada ihraç edilerek satışa sunulmakta, yatırımcılar bu piyasadan aldıkları DİBS'lerini vadesine kadar ellerinde tutabilmekte veya ikincil piyasada satabilmektedirler. DİBS bedelleri, vade tarihinde aslını ibraz eden yatırımcıya T.C. Merkez Bankası ve T.C. Ziraat Bankası aracılığıyla ödenmekte, ikincil piyasa işlemi sonucu bankalardan veya aracı kurumlardan DİBS alan ve kendilerine bir belge veya makbuz verilen yatırımcılar ise, alacaklarını DİBS aldıkları banka veya aracı kurumdan tahsil etmektedirler. Bu durumda, ikincil piyasa işlemi sonucu DİBS satan banka veya aracı kurumları, sattıkları DİBS karşılığını yatırımcılara ödeme yükümlülüğü altına girmekte, bunlardan DİBS alan yatırımcılar ile birincil piyasada DİBS ihraç ederek satan Hazine arasında herhangi bir borç-alacak ilişkisi bulunmamaktadır.

Dava dosyası ve eklerinin incelenmesinden, 1990 yılında Sermaye Piyasası Kurulunca, T. İmar Bankası T.A.Ş'nin (Banka) aracılık faaliyetlerinin durdurulduğu ve borsa üyelik belgesinin iptal edildiği, 3.7.2003 tarihinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunca, Bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırıldığı ve Bankanın yönetim ve denetiminin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (Fon) geçtiği, ancak anılan Bankanın aracılık faaliyetlerinin durdurulmasına karşın bono ve tahvil piyasası işlemleri yapmaya devam ettiği, Bankanın çifte kayıt tuttuğu veya müşterileri adına gerçekleştirdiği DİBS işlemlerini kayıtlarına yansıtmadığı, özellikle 2002 yılından sonra yoğun olarak müşterilere satılan DİBS'lerinin tamamına yakın bir kısmının karşılıksız ve açığa satıldığı, Fon'ca 4389 sayılı Bankalar Kanunun 16. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre Banka hakkında iflâs davası açıldığı ve İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesince Bankanın iflâsına karar verildiği, bu davanın da, davacının Bankadan satın aldığı DİBS karşılığının ödenmemesi nedeniyle uğradığı zararın davalı idarelerin kusurundan doğduğu iddiasıyla tazmini istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

Öğretide ve Danıştay içtihatlarında, idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için, idarenin eylem veya işleminden gerçek bir zararın doğması ve idarenin eylem veya işlemiyle meydana gelen zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması gerektiği kabul edilmiştir. Olayda, Bankaca makbuz karşılığı kendisine DİBS satıldığını ileri süren davacının ikincil piyasa işlemiyle ilgili söz konusu alacağının tahsili için, 4389 sayılı Kanun uyarınca iflâs tasfiyesine katılmadan davalı idareler aleyhine doğmuş gerçek ve miktarı belli bir zararından söz edilemez. Bu nedenle, kararın davacının zararının idarenin hizmet kusurundan doğduğu gerekçesiyle tazminata hükmedilmesine ilişkin kısmına katılmıyorum.

**DANIŞTAY KARARI
ONÜÇÜNCÜ DAİRE****E: 2005/113 • K: 2005/4651 • T: 18/01/2005****TAM YARGI DAVASI • İPTAL DAVASI • SÜREDEN REDDEDİLEN
İPTAL DAVASINDAN SONRA TAM YARGI DAVASI AÇILAMAYACAĞI***(2577 s. İYUK m. 12)*

Özet: 2577 sayılı kanun'un 12. Maddesi uyarınca iptal davası üzerine tam yargı davası açılabilmesi yolundaki düzenlemesi ile, süresinde açılan iptal davalarında esastan verilen bir karar üzerine işlemden doğan zararların tazmini için tam yargı davası açılabilmesi amaçlanmaktadır. Bu itibarla iptal davasının süreden reddi halinde açılan tam yargı davasının süre nedeniyle incelenme olanağı yoktur.

Davacı	: ?
Vekili	: Av. ?
Davalılar	: 1-Başbakanlık 2-Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı
İstemin Özeti	: Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Bakanlar Kurulu'nun Çukurova Elektrik A.Ş. ile olan imtiyaz sözleşmesinin feshi ile işletmelere el konulması kararları nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların faizi ile birlikte tazmini istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi:2577 sayılı Kanun'da belirtilen sürede açılmayan davanın süre yönünden reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onüçüncü Dairesince 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca Tetkik Hakiminin raporu ve sözlü açıklamaları dinlendikten sonra dava dosyası incelendi, gereği görüldü:

Dava, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Bakanlar Kurulu'nun ? Elektrik A.Ş. ile olan imtiyaz sözleşmesinin feshi ile işletmelere el konulması kararları nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların faizi ile birlikte tazmini istemiyle açılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde; dava açma süresinin özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde idare mah-

kemelerinde altmış gün olduğu belirtilmiş, aynı Kanun'un 8. maddesinde; sürelerin; tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı, tatil günlerinin sürelere dahil olduğu kurala bağlanmış; 11. maddesinde ise; ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan idari dava açma süresi içinde istenebileceği, bu başvurunun işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı, altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvuru tarihine kadar geçmiş sürenin de hesaba katılacağı; 12. maddesinde de haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zarardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilecekleri ve ilgililerin Kanun'un 11. maddesi uyarınca idareye başvurma haklarının saklı olduğu hükme bağlanmıştır.

Dava dosyasının Danıştay Onuncu Dairesi'nin 14.6.2004 tarih ve E.2003/5878, K:2004/5518 sayılı kararıyla birlikte incelenmesinden; Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının 11.6.2003 tarih ve 9176 sayılı işlemiyle X Elektrik AŞ ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında imzalanan 9.3.1998 tarihli Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesinin feshine karar verildiği, şirketçe işletilen tesislere ve bu tesislerin mütehim cüzleri ile işletme faaliyeti için gerekli tüm araç ve gerece el konulduğu, Bakanlığın fesih ve el koyma kararının re'sen uygulanmasıyla ilgili olarak 11.6.2003 tarih ve 1921 sayılı, 12.6.2003 tarih ve 1929, 1930, 1931 sayılı işlemlerin tesis edildiği, bu işlemlerin gereği olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının 12.6.2003 tarih ve 1939 sayılı yazısı üzerine ve 3096 sayılı Kanunun 3. , 5. , ve geçici 2. maddelerine göre kararlaştırılan, 17.6.2003 tarih ve 25141 sayılı Resmi Gazete'de de yayımlanan 2003/5712 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla X Elektrik AŞ'nin Görev Bölgesinde görevlendirilmesine ilişkin 26.9.1988 tarihli kararname ile işletme haklarının bazı şirketlere verilmesine ilişkin 23.6.1989 tarihli kararname-nin yürürlükten kaldırılmasına karar verildiği; davacının idare kayıtlarına 7.8.2003 tarihinde giren 5.8.2003 tarihli dilekçeyle Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına, başvurarak fesih ve elkoymaya ilişkin işlemlerin kaldırılmasını istediği, başvurusuna cevap verilmemesi üzerine Bakanlar Kurulu ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının fesih ve elkoymaya ilişkin kararlarının iptali istemiyle Danıştay Onuncu Dairesi'nin E:2003/5878 sayılı esasına kayıtlı davanın açıldığı, Danıştay Onuncu Dairesi'nin 14.6.2004 tarih ve E.2003/5878, K:2004/5518 sayılı kararıyla davanın süre yönünden reddi üzerine bakılan tazminat davasının açıldığı anlaşılmaktadır.

X Elektrik AŞ ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında imzalanan Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi'nin feshi ve el koyma kararı ile buna dayanılarak tesis edilen işlemler idari işlem niteliğinde olduğu gibi; idari işlemlerden kaynaklanan zararların tazmini isteminden önce, zarara neden olduğu ileri sürülen işlemlerin iptali istemiyle davacı tarafından Danıştay Onuncu Dairesi'nde İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesi kapsamında açılan davada, adıgeçenin idarelere yaptığını belirttiği başvuruların 2577 sayılı Yasa'nın 11 inci maddesi kapsamında yapılan bir başvuru olduğunda da kuşkuyla yer bulunmamaktadır.

Öte yandan, 2577 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca iptal davası üzerine tam yargı davası açılabilmesi yolundaki düzenleme ile, süresinde açılan iptal davalarında esastan verilen bir karar üzerine işlemde doğan zararların tazmini için tam yargı davası açılabilmesi amaçlanmıştır.

X Elektrik AŞ'nin hisse senetlerinin ekonomik değerini yitirmesine neden olan kararın 17.6.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanması üzerine, aynı gün İMKB tarafından X hisse senetlerinin borsa kaydından çıkarılmasına ve işlem görmekten sürekli men edilmesine karar verilerek icra edilmesi sonucu dava açma süresi yukarıda belirtilen Yasa hükümleri gereğince 18.6.2003 tarihinden itibaren işlemeye başlamıştır. İncelenen olayda, davacının 7.8.2003 tarihinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na başvurduğu, yukarıda sözü edilen Yasa hükümleri gereği işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini kesen bu başvuruya davalı idarelerin 60 gün içinde cevap vermemesi üzerine dava açma süresinin yeniden işlemeye başladığı, davacının başvurduğu 7.8.2003 tarihi itibarıyla dava açma süresinin 50 günü geçtiği dikkate alındığında 7.8.2003 tarihli başvuruya göre 6.10.2003 tarihinde, dava açma süresi yeniden işlemeye başlayacak olup, bu durumda en geç 15.10.2003 mesai saati bitimine kadar doğrudan doğruya tam yargı davasının veya iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılması gerekmektedir.

Bu durumda davacı tarafından Bakanlar Kurulu ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın fesih ve elkoymaya ilişkin kararlarının iptali istemiyle Danıştay Onuncu Dairesi'nin E:2003/5878 sayılı esasına kayıtlı açılan davanın, anılan Daire'nin 14.6.2004 tarih ve E.2003/5878, K:2004/5518 sayılı kararıyla süre yönünden reddi üzerine bakılan tam yargı davası açıldığından, süre ret kararı üzerine 19.11.2004 tarihinde kayıtlara giren dilekçe ile açılan tam yargı davasının da süre aşımı nedeniyle esasının incelenmesi olanağı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Kanun'un 15/1-b maddesi uyarınca davanın süreaşımı yönünden reddine, 15.300.000.-TL başvuru harcı ile 20.600.000.-TL maktu karar harcı dışındaki 435.025.000.-TL nisbi harç ile artan posta giderinin istemi halinde davacıya iadesine 18.1.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY KARARI ONUNCU DAİRE

E: 2005/181 • K: 2001/4040 • T: 08/06/2000

YETKİ GASPI • YOKLUK DURUMU

(2577 s İYUK m. 49)

Özet: Dava konusu işlemler; fonksiyon veya yetki gaspı veya açıkça kanunun yasakladığı bir konuda veya idarenin hiç yapamayaacağı herhangi bir işlemin tesisi suretiyle ortaya konulan işlemler olmadığından uyumsuzlukta yokluk halinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Bu durumda, dava konusu işlemlerin hukuka uygunluk denetiminin 2577 sayılı Kanundaki usul hükümleri de dikkate alınarak yapılması gerekirken, işlemlerin yok hükmünde olduğu yolunda verilen temyize konu mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Temyiz Eden (Davalı)	:	Kağıthane Belediye Başkanlığı-İSTANBUL
Vekili	:	Av. ...
Karşı Taraf (Davacı)	:	...
Vekili	:	Av. ...
İstemin Özeti	:	Davacının Kağıthane Belediyesine ait taşınmazı işgal ettiğinden bahisle 560.000.000.lira ecrimisil istenilmesine ilişkin olarak düzenlenen 99/1256 sayılı ecrimisil ihbarnamesi ile 20.10.1999 tarih ve 45740 sayılı ödeme emrinin iptali istemiyle açılan dava sonucunda İstanbul 2. İdare Mahkemesince dava konusu işlemlerin yok hükmünde olduğu yolunda verilen 8.6.2000 tarih ve E:1999/1434, K:2000/546 sayılı kararın davalı idare tarafından yerinde olmadığı ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti	:	Savunma verilmemiştir.
D.Tetkik Hakimi	:	Yahya Şahin
Düşüncesi	:	Dava konusu işlemler; fonksiyon veya yetki gaspı veya açıkça kanunun yasakladığı bir konuda veya idarenin hiç yapamayacağı herhangi bir işlemin tesisi suretiyle ortaya konulan işlemler olmadığından uyumsuzlukta yokluk halinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Bu durumda, dava konusu işlemlerin hukuka uygunluk denetiminin 2577 sayılı Kanundaki usul hükümleri de dikkate alınarak yapılması gerekirken, işlemlerin yok hükmünde olduğu yolunda verilen temyizle konu mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

- Danıştay Savcısı : Bilgin Arısan
Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp idare mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle idare mahkemesi kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava, davacının Kağıthane Belediyesine ait taşınmaz işgal ettiğinden bahisle 560.000.000.lira ecrimisil istenilmesine ilişkin olarak düzenlenen 99/1256 sayılı ecrimisil ihbarnamesi ile 20.10.1999 tarih ve 45740 sayılı ödeme emrinin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 2.İdare Mahkemesince, 2886 sayılı Kanunun 75.maddesinde Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malların işgali üzerine fuzuli şağılden ecrimisil istenileceğinin ve ecrimisil rızaen ödenmezse 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil olunacağına hükme bağlandığı, dava konusu ihbarnamenin 2886 sayılı Kanunun 75. maddesi hükmüne dayalı olarak tesis edilmediği ancak 6183 sayılı Kanun'a atıfta bulunularak tesis edilen bu işleme kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliği kazandırıldığı, daha sonra da ödeme emri düzenlenmek suretiyle işlemin kamu gücüne dayandırıldığına anlaşıldığı, belediye mülkü olan taşınmazın işgali halinde adli yargıda açılacak men'i müdahale davasında bir işgal tazminatı hükmedilmesi talep edilip mahkemece hükmedilecek işgal tazminatı icra yoluyla tahsil edilebilecekken, 6183 sayılı Kanuna gönderme yapılarak ecrimisil istenmesi ve kamu alacağı niteliği kazanmamış bir bedelin tahsili için düzenlenen ödeme emrinin yoklukla sakat bulunduğu, yok hükmünde olan işlemlere karşı açılan davada süre aşımının sözkonusu edilmeyerek işin esasının incelendiği, Anayasa ve kanunlarla belli bir konuda karar almaya yetkili kılınan makam veya merciler dışındaki kimselerce bu yetkinin kullanılmasının "yetki gaspı" teşkil ettiği ve bu şekilde alınan karar ve işlemlerin yoklukla malul olduğu, başka bir ifadeyle hukuk alanında hiç doğmadığı, bu sebeple de yargı yerince iptal edilmemiş olsa bile hüküm ve sonuç

doğurmayacağı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin yok hükmünde olduğuna karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek anılan mahkeme kararının temyizden incelenip bozulması istenilmektedir.

İdare hukukunda kurucu unsurlarında derhal farkedilebilir nitelikte ağır ve açık sakatlıkları bulunan işlemler "*yok hükmünde*" olan işlemler olarak adlandırılmaktadır.

Yargısal ve bilimsel içtihatlarda, yokluk halinin ancak, işlemin, asli kurucu unsuru olan yetki unsuru yönünden incelenmesinde fonksiyon veya yetki gaspı hallerinin saptanması veya kanunun açıkca yasakladığı bir konuda yapılması halinde mümkün olabileceği kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda, işlemin "*varlık koşulları*" oluşmamış olduğundan bizzat işlemin yokluğu sonucu doğmakta, işlem hiç doğmamış, var olmamış sayılmaktadır. Bu tür işlemlere karşı açılacak davalarda süre aşımı bulunmamakta ve yargı yeri işlemin yok hükmünde olduğunun tespitine karar vermektedir.

İdari işlemin unsurlarındaki olağan hukuka aykırılıklar ise, işlemin "*geçerlik koşulları*"na ilişkin olduğundan, böyle bir durumda, ortada hukuka aykırı ve iptal edilebilir, geçerli bir idari işlem bulunmaktadır. Dava açıldığında yargı yerince bu işlemlerin hukuka uygunluk denetimi yapılarak hukuka aykırılığının saptanması halinde iptaline karar verilmektedir.

Dava konusu uyuşmazlıkta; Kağıthane Belediyesi tarafından Belediyenin kendi malı olan taşınmazı davacının işgal ettiğinden bahisle dava konusu "*ecrimisil ihbarnamesi*" ile davacıdan, 560.000.000.lira borcunu 15 gün içinde ödemesinin istenildiği ve aksi taktirde 6183 sayılı Kanunun uygulanacağını belirtildiği, ödememesi üzerine de 21.10.1999 tarihli ödeme emrinin düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, ortada yukarıda yokluk halleri olarak belirtilen fonksiyon veya yetki gaspı durumu veya Kanunun emredici hükümlerine açıkça aykırı veya idarenin hiç yapamayacağı herhangi bir işlem bulunmadığından, dava konusu işlemlerin "*geçerlik koşulları*" bakımından hukuka uygunluk denetiminin yapılması ve öncelikle de dava dilekçesinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinde öngörülen ilk inceleme konuları yönünden incelemeye tabi tutulması gerektiği açıktır.

Açıklanan nedenle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesine uygun bulunan temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 8.6.2000 tarih ve E:1999/1434, K:2000/546 sayılı kararının bozulmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere anılan idare mahkemesine gönderilmesine 2.2.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

“CEVDET VE HATİCE YILMAZ/TÜRKİYE” DAVASI

Çeviren: Stj. Av. NURİ BODUR

20 EYLÜL 2005

STRAZBURG

KARAR

Cevdet ve Hatice Yılmaz /Türkiye Davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire),

Sn. J.-P. COSTA, Başkan,

Sn. A. B. BAKA,

Sn. R. TÜRMEEN,

Sn. K. JUNGWIERT,

Sn. M. UGREKHELIDZE,

Sn. D. JOCIENE,

Sn. D. POPOVIC, yargıçlar ve

Bölüm Sekreteri Sn. S. DOLLE'ün katılımı ile 30 Ağustos 2005 tarihinde yapılan gizli oturumda aşağıdaki karara varmıştır:

USUL

1. Dava, Türk uyruklu iki şahsın, Cevdet Yılmaz ve Hatice Yılmaz'ın ('Başvuranlar'), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ('Sözleşme') 34. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, 20 Ey-

lül 2001 tarihinde yaptıkları başvurudan (no. 88/02) kaynaklanmaktadır.

2. Türk Hükümeti ('Hükümet'), Mahkeme önündeki işlemler için bir vekil atamamıştır.

3. 26 Nisan 2004 tarihinde Mahkeme, başvuruyu Hükümet'e tebliğ etme kararı almıştır. 28 Nisan 2004 tarihli yazısı ile Mahkeme, Sözleşme'nin 29 §§ 1 ve 3 maddesi uyarınca davanın kabul edilebilirliği ve esası hakkında birlikte karar verebileceğini taraflara bildirmiştir.

OLAYLAR

1. DAVANIN KOŞULLARI

4. Başvuranlar İzmir'de yaşamaktadır.

5. 7 Haziran 1996 tarihinde Karayolları Genel Müdürlüğü, başvuranlara ait olan bir araziye kamulaştırmıştır. Bir uzman komis-

yon tarafından arazinin değeri hesaplanmış ve sözkonusu bedel kamulaştırma sırasında başvuranlara ödenmiştir.

6. Başvuranların daha yüksek bir tazminat için (bedel artırım davası) istemlerine, 22 Haziran 1998 tarihinde, bidayet mahkemesi durumundaki Bornova Sulh Hukuk Mahkemesi, ek olarak verilecek miktara ve kanuni faizine hükmetmiştir.

7. 8 Aralık 1998 tarihinde Yargıtay bu hükmü bozmuştur.

8. 27 Temmuz 1999'da Bornova Sulh Hukuk Mahkemesi, ek tazminata ve yasal faizine yeniden hükmetmiştir.

9. 12 Ekim 1999 tarihinde Yargıtay bu hükmü de bozmuştur.

10. 15 Mayıs 2000 tarihinde ilk derece mahkemesi konumundaki Bornova Sulh Hukuk Mahkemesi, 9.976.332.312 TL ve ek olarak, arazinin Karayolları Genel Müdürlüğü'ne tapu sicilinde devir tarihi olan 26 Şubat 1998 tarihinden itibaren işlemiş ve mahkemenin kararı verdiği tarihte uygulanmakta olan yasal faiz oranı üzerinden hesaplanacak faiz tutarının ek tazminat olarak başvuranlara ödenmesine hükmetmiştir.

11. 11 Eylül 2000 tarihinde Yargıtay hükmü onamıştır.

12. 13 Ağustos 2001'de Karayolları Genel Müdürlüğü, başvuranlara 28.686.390.000 TL ödemiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

13. İlgili iç hukuk ve uygulama, Akkuş / Türkiye davasında saptanmıştır. (9 Temmuz 1997 tarihli ka-

rar, Yargılama ve Hüküm Raporları 1997-IV)

HUKUKA İLİŞKİN

I. 1 NUMARALI PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİNİN İHLALİ SAVI

14. Başvuranlar kamulaştırma için yargı sürecinden iki buçuk yıl sonra kendilerine yetkili makamlarca ödenen ek tazminatın, Türkiye'deki yüksek enflasyon nedeni ile tutunamayarak değer yitirdiğini ileri sürmüşlerdir. Başvuranlar, Sözleşme'nin herhangi bir maddesini dayanak almamışlardır. Ancak yakınmaları 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesi kapsamındadır. İlgili madde şu şekildedir:

'Her gerçek ve tüzel kişinin, mülkiyetindekilerin dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasa da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir

A. Kabul Edilebilirlik

15. Hükümet Başvuranların, Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinin gereği gibi işletilmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 35. maddesinde ifadesini bulan 'iç hukuk yollarının tüketilmesi' şartının yerine getirilmemiş olduğunu ileri sürmüştür. Mezkur maddeye göre eğer başvuranlar, kayıplarının temerrüt faizinin miktarını aştığını kanıtlayabilselerdi, hükmedilen ek tazminatın geç ödenmesinden kaynaklandığını iddia ettikleri kayıpları için tazminata ehil olabilirlerdi.

16. Mahkeme, Aka / Türkiye (23 Eylül 1998 tarihli karar, Raporlar 1997-IV, §§ 34-37) davasında buna benzer bir iptidai itirazı reddettiğini göz önüne almıştır. Bu davada da başkaca bir yola gitmek için bir neden olmadığından Hükümet'in itirazını reddetmiştir.

17. Mahkeme, içtihatları (Bknz. Sözügeçen Akkuş) ve önündeki kanıtlar ışığında, başvurunun esası üzerinde düşünülmesi gerektiğini saptamış ve kabul edilemezlik iddiasını temelsiz bulmuştur.

B. ESASLAR

18. Mahkeme, buradakilerle benzerlikler taşıyan ihtilafların bulunduğu bir takım davalarda 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ihlaline karar vermiştir. (Bknz. Akkuş s.1317, §31)

19. Hükümet'in arz ettiği dava belgelerini değerlendiren Mahkeme, önceki davalarındaki saptamalarından ayrılmaya yer olmadığı kanısındadır. Mahkeme, bidayet mahkemesince hükmedilen ek tazminatın ödenmesindeki gecikmenin, kamulaştırmayı yapan kurumun sorumluluk alanında olduğunu ve bu gecikmenin, kamulaştırılan arazinin yitirdiği değer yanında ek bir zarar doğurduğunu düşünmektedir. Bu gecikmenin ve tüm sürecin uzunluğunun sonucu olarak, Mahkemeye göre başvuranlar, kamu yararı ve barışçıl mülkiyetten faydalanabilme hakkının kullanılması arasındaki adil dengenin bozulması ile bireysel ve gereğinden fazla bir yüke tahammül etmek zorunda kalmışlardır.

20. Sonuç olarak, 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

21. Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca:

'Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku, bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.'

A. Maddi ve Manevi Zarar

22. Başvuranlar 71.013.258 (ABD Doları) tutarında maddi tazminat talep etmişlerdir.

23. Hükümet taleplerinde direnmiştir.

24. Mahkeme, daha önce adı geçen Akkuş kararındaki hesaplama tekniğini kullanarak ve ilgili ekonomik verileri dikkate alarak başvuranlara 4.500 Avro maddi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

B. Tutarlar ve Masraflar

25. Başvuranlar ayrıca, Mahkeme önündeki tutar ve giderlerinin taraflarına iadesine karar verilmesini istemişlerdir. İade tutarını Mahkeme'nin takdirine bırakmışlardır.

26. Hükümet taleplerinde direnmiştir.

27. Mahkeme, elindeki bilgiler ışığında, bu gider kalemi için ölçü-

lû bulduğu 500 Avro'nun başvuranlara verilmesine hükmetmiştir.

C. Temerrüt faizi

28. Mahkeme temerrüt faizinin, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borçlanma oranına %3 puan eklenerek bulunmasını uygun görmüştür.

**YUKARIDAKİ
GEREKÇELERLE,
MAHKEME
OYBİRLİĞİYLE,**

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna,

2. Sözleşme'nin 1 numaralı Protokolü'nün 1. maddesinin ihlal edildiğine,

3. (a) Davalı devleti, kararın, Sözleşme'nin 44§2. maddesi uyarınca kesinleşmesini müteakip 3 aylık zaman içinde, başvuranlara aşağıdaki tutarlar toplamını ve ek

olarak da ödeme günü talep edilebilecek tüm vergileri, anlaşmanın sağlandığı günkü kur üzerinden Türk Lirasına çevrilerek ödemeye,

(i) maddi tazminat olarak 4.500 Avro (dörtbin beşyüz Avro);

(ii) tutarlar ve masraflar için 500 Avro (beşyüz Avro);

(b) Yukarıda bahsedilen üç ayın hitamından itibaren anlaşma sağlanıncaya dek temerrüt dönemi için, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borçlanma oranına eşit bir basit faiz ödenmesine;

4. Başvuranların diğer adil tazmin istemlerinin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

İngilizce olarak hazırlanmış, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3 bentleri uyarınca 20 Eylül 2005 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.



“AKAR VE BEÇET/TÜRKİYE” DAVASI

Çeviren: Stj. Av. NURİ BODUR

30 AĞUSTOS 2005

STRAZBURG

KARAR

Akar ve Beçet/Türkiye Davası'nda,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire)

Sn. J.-P. COSTA, Başkan,

Sn. A. B. BAKA,

Sn. R. TÜRMEK,

Sn. K. JUNKWIERT,

Sn. M. UGREKHELIDZE,

Sn. A. MULARONI,

Sn. E. FURA-SANDSTRÖM, yargıçlar ve Daire sekreteri Sn. S. DOLLE'nin katılımı ile gizli yapılan oturum sonucu, 30 Ağustos 2005 tarihinde aşağıdaki karara varmıştır.

USUL

1. Dava, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ('Sözleşme') 34. maddesi uyarınca, 2 Türk vatandaşı, Suna Akar ve Erdal Beçet'in ('Başvuranlar') Türkiye Cumhuriyeti aleyhine 30 Aralık 1999 tarihin-

de, Mahkeme nezdinde yaptıkları 55954/00 sayılı başvurudan kaynaklanmaktadır.

2. Başvuranlar, İstanbul'da avukatlık yapmakta olan F.N.E. ve T. A. tarafından temsil edilmişlerdir. Türk Hükümeti ('Hükümet'), Mahkeme önündeki işlemler için bir vekil görevlendirmemiştir.

3. 28 Eylül 2004 tarihinde Mahkeme, başvuruyu kısmen kabul edilebilir bulmuş ve başvuranların bağımsız ve yansız bir mahkemede adil şekilde yargılanma hakkına aykırılığa ilişkin yakınmayı Hükümete iletmeye karar vermiştir. Sözleşme'nin 29/3 maddesi uyarınca Mahkeme, başvurunun kabul edilebilirliği ile eş zamanlı olarak esasını da inceleme kararı almıştır.

4. 1 Kasım 2004'te Mahkeme, Daireleri'nin (İç Tüzük m.25§ 1) oluşumunu değiştirmiştir. Dava, yeni

oluşturulan İkinci Daire'ye devredilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuranlar sırasıyla 1971 ve 1975 yıllarında İstanbul'da doğmuş ve İstanbul'da yaşamaktadırlar.

6. 11 Mart 1996 tarihinde, Küçükyalı Polis Karakolu'na, Küçükyalı Köprüsü'ne bir posterle birlikte bomba asıldığı ihbarı gelmiştir. Köprüye varışlarını müteakip memurlar, üzerinde 'Gazi'nin 1 hesabını sorduk, soracağız, MLKP2' yazılı bir bez bulmuşlardır. Polis raporuna göre, içinde bomba olduğu sanılan kutu boş çıkmıştır.

7. 12 Mart 1996 tarihinde, poster asılması olayı ile ilişkisi bulunduğu şüphesi üzerine ilk başvuran yakalanmış ve gözaltına alınmıştır. 19 Mart 1996'da İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi savcısının ve mahkemenin önüne çıkarılmıştır. Mahkeme, tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

8. 12 Haziran 1996'da yukarıdaki olayla ilgisi olduğu şüphesi ile ikinci başvuran yakalanıp gözaltına alınmıştır. 18 Haziran 1996'da İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi savcısının ve mahkemenin önüne çıkarılmıştır. Mahkeme, tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

9. Sırasıyla 26 Mart 1996 ve 20 Haziran 1996 tarihlerinde, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi savcısı, düzenlediği iddianamelerle, başvuranların yasa dışı bir örgüt olan MLKP'ye yardım ve yataklık suçundan yargılanmalarını; Ceza Yasa-

sı'nın 169 ve 3713 sayılı yasanın 5. maddesi uyarınca cezalandırılmalarını mezkur mahkemeden talep etmiştir.

10. 1 Nisan 1996'da İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, sanıkların davalarını görmeye başlamıştır.

11. Belirli olmayan bir tarihte, söz konusu sanıkların davaları birleştirilmiş ve aynı suçtan yargılanan diğer dört sanıkla birlikte İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde yargılanmalarına devam edilmiştir.

12. 23 Ekim 1997'de, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvuranların ve diğer sanıkların polise, savcıya ve mahkemeye verdikleri ifadelere dayanarak iddianamedeki suçtan yargılanıp, 3 yıl 9 ay hapse mahkum etmiştir.

13. Yargıtay, 21 Haziran 1999 tarihinde başvuranların istemini reddederek İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kararını onamıştır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

14. Olayın vukuu sırasında yürürlükte olan ilgili iç hukuk uygulaması şu kararlarda ana hatlarıyla belirlenmiştir: Özel / Türkiye (no.42739/98, §§ 20-21, 7 Kasım 2002) ve Gençel/ Türkiye (no. 53431/ 99, §§ 11-12, 23 Ekim 2003).

HUKUKA İLİŞKİN

I. SÖZLEŞMENİN 6.

MADDESİNİN İHLALİ SAVI

15. Başvuranlar, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde kendilerini yargılayıp mahkum eden heyet içinde askeri bir yargıç bulun-

ması nedeniyle adil yargılama yapılmadığından ve yalnızca gözaltında polise verdikleri ifadeleri dayanak yapılarak mahkumiyetlerine karar verildiğinden yakınmışlardır. Sözleşme'nin, ilgili kısmı aşağıda verilen 6. maddesini dayanak yapmışlardır:

"Herkes, kendi aleyhindeki bir suçlamanın karara bağlanmasında, kanunla kurulmuş, tarafsız, bağımsız bir mahkemede adil ve aleni yargılanma hakkına sahiptir."

A. Kabul Edilebilirlik

16. Hükümet, Sözleşme'nin 35. maddesi uyarınca, iç hukuk yolları tükenmediği için başvuranların İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili savlarının reddedilmesini talep etmiştir. Başvuranların, bu yakınmalarını Türkiye'deki mahkemelerde ileri sürmediklerini belirtmiştir.

17. Mahkeme, Hükümet'in bu iptidai itirazının, benzer davalarda düşünülmüş ve reddedilmiş olduğunu yinelemiştir. (Bknz. Vural/Türkiye no. 56007/00. § 22, 21 Aralık 2004, Çolak/Türkiye (no.1), 52898/99, § 24, 15 Temmuz 2004 ve Özel, sözügeçen, § 25). Mahkeme görülmekte olan davada da, yukarıda anılan davalardaki saptamalarından ayrılmak için bir gereklik görmemiştir.

18. Yukarıdaki görüş çerçevesinde Mahkeme, Hükümet'in ilk itirazını reddetmiştir.

19. Mahkeme, müstakar uygulaması (Bknz. Çıraklar/Türkiye, 28 Ekim 1998 tarihli karar, Yargılama ve Hüküm Raporları 1998-VII) ve

kendisine sunulan bilgiler ışığında davanın, ancak esasına girilerek çözümlenebilecek karmaşık hukuki sorunlar içerdiği kanısına varmıştır. Bu yüzden Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 35/3 maddesi uyarınca, kısmen kabul edilebilir olduğu sonucuna varmıştır. Başvuruyu kabul edilemez bulmak için başkaca bir gerekçe bulunmamıştır.

B. Esaslar

1. Devlet Güvenlik Mahkemesinin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

20. Mahkeme şimdiki dava ile aynı sorunu içeren çok sayıda davada Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlaline hükmetmiştir. (Bknz. Özel, sözügeçen, §§ 33-34 ve Özdemir/Türkiye, no.59659/00, §§ 35-36, 6 Şubat 2003).

21. Mahkeme, Önündeki dava-ya ilişkin olarak, daha farklı bir neticeye varmasını sağlayabilecek olay ve savların Hükümetçe arz edilmediğini düşünmektedir. Mahkeme; ulusal güvenlikle ilgili bir suçtan dolayı, heyetinde, mesleği askerlik olan bir yargıcın da bulunduğu Devlet Güvenlik Mahkemesinde yargılanmakta olan başvuranların tedirgin olabileceğini anlayışla karşılamaktadır. Binaenaleyh başvuranlar, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin, davanın tabiatıyla hiçbir ilgisi olmayan düşüncelerin etkisi altında kalabileceğine ilişkin makul endişeler taşıyabilirler. Sonuçta, başvuranların, mahkemenin bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin şüpheleri nesnel olarak haklı görülmektedir. (Bknz. Incal /Tür-

kiye, 9 Haziran 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-IV, s.1568, § 72)

22. Sonuç olarak Mahkeme, başvuranları yargılayıp mahkum eden Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin, Sözleşme'nin 6/1 maddesi anlamında bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmadığını düşünmektedir. Dolayısıyla bu hüküm ihlal edilmiştir.

2. Yargılamanın Adil Olup Olmadığı Üzerine

23. Mahkeme, başvuranların bağımsız ve tarafsız bir mahkemede adil yargılanma haklarının ihlaline ilişkin saptamaya bakarak Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki yargılamanın adil olup olmadığı hakkındaki diğer yakınmayı inceleme gereği görmemiştir. (Bknz. Incal, sözügeçen, § 74)

II. SÖZLEŞMENİN 41.

MADDESİNİN UYGULANMASI

24. Sözleşme'nin 41. maddesi şu biçimdedir:

'Mahkeme, Sözleşme ya da protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve Yüksek Sözleşmeciler Tarafından iç hukuku bu ihlalin yalnızca kısmen telafisine imkan tanıyorsa Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun olarak, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.'

A. Zarar

25. Başvuranlar; maddi zararları için toplam 10.496 Fransız Frangı (FF) (takriben 1.600 Avro), manevi zararları için de 131.190 FF (takriben 20.000 Avro) talep etmişlerdir.

26. Hükümet görüş bildirmemiştir.

27. Mahkeme, uğranıldığı ileri sürülen zararın kanıtlanabilmesi için başvuranların herhangi bir doküman, fatura arz etmedikleri noktasından hareketle bu istemi reddetmiştir.

28. Mahkemeye göre, 6. maddenin ihlalinin saptanmış olması başvuranlarca katlanılan manevi zarar için yeterli tazminatı oluşturmaktadır.

29. Mahkeme'ye göre, bir birey eğer buradaki gibi, Sözleşme'de belirtilen bağımsızlık ve tarafsızlık özelliklerini haiz olmayan bir mahkemece suçlu bulunursa, talep edildiği takdirde yargılamanın yenilenmesi, ihlalin telafisi için en uygun yoldur. (Bknz. Öcalan/Türkiye, no. 46221/99, § 210, AİHM 2005-...)

B. Tutarlar ve Giderler

30. Başvuranlar ek olarak, kendi mahkemeleri önündeki giderleri için 1390 FF (takriben 211 Avro) ve Mahkeme önündeki giderleri için 34120 FF (takriben 5200 Avro) istemişlerdir. Söz konusu giderlere harçlar için ödenen 32586 FF (takriben 4100 Avro) ve 1534 FF (takriben 233 Avro) tutarındaki posta, fotokopi, kurtasiye ve çeviri masrafları dahildir. Bu istemleri desteklemek üzere başvuranlar, kendi mahkemeleri önündeki işlemler için avukatlarına ödedikleri tutarları gösteren faturalar arz etmişlerdir. Ayrıca, Mahkeme önündeki temsilleri için vekilleriyle sözlü yaptıkları anlaşma uyarınca onlara 32586 FF ödeyeceklerini bildirmişler ve İstanbul Baro-

su'nun tavsiye ettiği 2004 yılına ait asgari ücret tarifesini sunmuşlardır. Tutar ve masrafları için herhangi bir doküman arz etmemişlerdir.

31. Hükümet görüş bildirmemiştir.

32. Mahkeme'nin yerleşik uygulamaları uyarınca, bir başvurana ancak kaçınılmaz olarak yaptığı ve makul olan miktardaki tutar ve masrafları geri ödenebilir. Bu şartlar altında ve yukarıdaki hal karşısında Mahkeme, 'tutar ve giderler' kalemi için 2200 Avro'ya hükmetmiştir.

C. Temerrüt Faizi

33. Mahkeme temerrüt faizinin, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borçlanma oranına %3 puan eklenerek bulunmasını uygun görmüştür.

**BU GEREKÇELERLE
MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE,**

1. Başvurunun kısmen kabul edilebilir olduğuna,

2. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin (Yargının) bağımsızlığı ve tarafsızlığı savıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine,

3. Başvuranın, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki diğer şikayetlerinin değerlendirilmesine gerek olmadığına,

4. Bir ihlal bulunduğu saptamasının, başvuranlarca uğranılan manevi zararlar için en uygun tazminat olduğuna,

5. (a) Davalı Devlet'in, tutar ve masrafları için başvuranlara, kararın, Sözleşme'nin 44/2 maddesi uyarınca kesinleştiği tarihten itibaren 3 ay içerisinde, ödeme günündeki kur üzerinden TL'ye çevrilerek ve her türlü masraf ve vergiden muaf tutularak 2200 Avro (ikibin ikiyüz Avro) ödemesine;

(b) yukarıda bahsedilen 3 ayın hitamından itibaren anlaşma sağlanıncaya dek temerrüt dönemi için, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal borçlanma oranına eşit bir basit faiz ödenmesine,

6. Başvuranların diğer adil tazmin istemlerinin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

İngilizce olarak hazırlanmış, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3 bentleri uyarınca 20 Eylül 2005 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.



LEYLA ŞAHİN - TÜRKİYE DAVASI

Çeviren: AV. SERHAT UYSAL

STRAZBURG

10 Kasım 2005

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Büyük Dairesi;

Sn. L. WİLDHABER, Başkan,

Sn. C.L. ROZAKİS,

Sn. J.-P. COSTA,

Sn. B.M. ZUPAN_I_,

Sn. R. TÜRMEEN,

Sn. F. TULKENS,

Sn. C. BİRSAN,

Sn. K. JUNGWİERT,

Sn. V. BUTKEVYCH,

Sn. N. VAJİ_,

Sn. M. UGREKHELİDZE,

Sn. A. MULARONİ,

Sn. J. BORREGO BORREGO,

Sn. E. FURA-SANDSTRÖM,

Sn. A. GYULUMYAN,

Sn. E. MYJER,

Sn. S.E. JEBENS, yargıçlar,

ve Sn. T. L. EARLY, Büyük Daire Geçici Yazmanın katılımı ile 18 Mayıs ve 5 Ekim 2005 tarihli gizli görüşmeler sonucunda, sözü geçen son tarihte aşağıda yer alan kararı vermiştir.

YÖNTEMLER

1. Dava, İnsan Hak ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin (*Sözleşme*) eski 25. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna (*komisyon*), Türk vatandaşı Sn. Leyla Şahin (*başvuran*) tarafından 21 Temmuz 1998 tarihinde yapılan başvurudan (*no. 44774/98*) kaynaklanmaktadır.

2. Başvuran, Brüksel Barosundan Sn. X. Magnee ve Ankara Barosundan Sn. K. Berzeg tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti (*hükümet*), müşterek vekil Sn. M. Özmen tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, yüksek eğitim kurumunda İslami başörtü giyilmesi ile ilgili düzenlemeler ile, kendisinin Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 14. maddeleri ile 1 nolu Protokolün 2. maddesinde yer alan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği savını ileri sürmüştür.

4. Başvuru, Sözleşmenin 11. nolu protokolü (*11 nolu protokolün 5/2 maddesi*) yürürlüğe girdiğin ta-

rih olan 1 Kasım 1998'de Mahkemeye gönderilmiştir.

5. Başvuru Mahkemenin dördüncü bölümüne havale edilmiştir. (*Mahkeme İç Tüzüğü 52/1 nolu kuralı*)

6. Başvuru 2 Temmuz 2002 tarihli karar ile, aşağıda isimleri yer alan hakimlerden oluşan bir Daire tarafından dinlenebilir bulunmuştur. Sn. Nicolas Bratza, Sn. M. Peltonpää, Sn. E. Palm, Sn. R. Türmen, Sn. M. Fischbach, Sn. J. Casadevall and Sn. S. Pavlovski, ve Sn. M. O'Boyle, ve Bölüm Sekreteri

7. Davanın esası (*İç Tüzük 54/3*) ile ilgili 19 Kasım 2002'de, Strazburg İnsan Hakları Binasında açık bir duruşma yapılmıştır.

8. 29 Haziran 2004 tarihli kararında (*Daire Kararı*), Daire oybirliği ile başvurusu takılmasının yasaklanmasından dolayı Sözleşmenin 9. maddesi ile ilgili bir ihlal olmadığına ve 8, 10. maddeler ile Sözleşmenin 9. maddesi ve 1 nolu protokolün 2. maddesi ile beraber ele alındığında 14. madde ile bağlantılı başka bir sorun ortaya çıkmadığına karar vermiştir.

9. 27 Eylül 2004 tarihinde başvuran, davanın Büyük Daireye gönderilmesini talep etmiştir. (*Sözleşmenin 43. maddesi*)

10. 10 Kasım 2004 tarihinde Büyük Dairenin bir üyesi başvuranın talebini Kabul etmeye karar vermiştir. (*İç Tüzük 73*)

11. Büyük Dairenin oluşumu Sözleşmenin 27/2 ve 3. maddeleri ve İç Tüzük 24'e göre belirlenmiştir.

12. Başvuran ve Hükümetin her ikisi de davanın esası ile ilgili yazılı mütalaalarını bildirmişlerdir.

13. 18 Mayıs 2005 tarihinde Strazburg İnsan Hakları Binasında açık bir duruşma yapılmıştır. (*İç Tüzük 59/3*)

Mahkeme önünde:

-Hükümet adına

Sn. M. ÖZMEN, müşterek vekil

Sn. E. İŞCAN, avukat,

Sn. A.EMÜLER,

Sn. G.AKYÜZ,

Sn. D. KİLİSLİOĞLU, Danışmanlar

-başvuran adına

Sn. X. MAGNÉE,

Sn. K. BERZEG, Avukat,

Mahkeme Sn. Berzeg, Sn. Özmen ve Sn. Magnee tarafından yapılan konuşmaları dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVA KOŞULLARI

14. Başvuran 1973'de doğmuş ve Viyana Üniversitesi Eczacılık Fakültesinde eczacılık eğitimi almak için İstanbul'dan ayrıldığı tarih olan 1999'dan beri Viyana'da yaşamaktadır. Müslüman olan ve başvurusu takılmasının dini görevi olduğunu düşünen gelenekçi bir aileden gelmektedir.

A. 23 Şubat 1998 tarihli Genelge

15. 26 Ağustos 1997 tarihinde başvuran, Bursa Üniversitesi Eczacılık Fakültesindeki beşinci yılından sonra, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Eczacılık Fakültesine

kayıt olmuştur. İslami başörtüsü-nü Bursa Üniversitesinde eczacılık eğitimi aldığı dört yıl boyunca taktığını ve Şubat 1998'e kadar böyle devam ettiğini söylemiştir.

16. 23 Şubat 1998 tarihinde, İstanbul Üniversitesi Rektör Yardımcısı, ilgili bölümünde şu düzenleme yer alan bir genelge çıkartmıştır:

"Anayasa, hukuk ve kanunlar temelinde ve Danıştay ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Üniversite yönetim kurullarının almış olduğu kararlara uygun olarak, başları kapalı olan (islami başörtü takan) öğrenciler ve (yabancı öğrencilerde dahil) sakallı öğrenciler konferanslara, derslere ve pratik çalışmalara katılmalarına izin verilmeyecektir. Sonuç olarak, sakallı olan veya türban takan hiçbir öğrencinin ismi ve numarası kayıtlı öğrenciler listelerine eklenmeyecektir. Buna rağmen, isimleri ve numaraları listelerde olmadığı halde pratik çalışmalara ve konferans salonlarına katılmakta ısrar eden öğrencilere durumla ilgili bilgi verilecek, ayrılmayı reddetmeleri halinde, isimleri ve numaraları alınacak ve konferanslara katılma haklarının olmadığı konusunda bilgilendirileceklerdir. Ders salonunu terketmeyi reddetmeleri halinde, öğretim olayı dersin yapılmasının neden imkansız olduğu ile ilgili tutacağı bir rapora kayıt edecek ve olayı disiplin önlemlerinin alınması için acil olarak üniversite yetkililerine bildirecektir."

17. 12 Mart 1998 tarihinde, yukarıda bahsedilen genelgeye uygun olarak, başvuranın gözetmenlerce onkoloji ile ilgili yazılı sınava

girişine İslami Başörtü taktığı için izin verilmemiştir. 20 Mart 1998 tarihinde, ortopedik travmatoloji bölümü sekreteryası türban taktığı için kayıt yaptırmasına izin vermemiştir. 16 Nisan 1998 tarihinde bir nöroloji dersine ve 10 Haziran 1998 tarihinde halk sağlığı yazılı sınavına girişi aynı nedenle reddedilmiştir.

B. 23 Şubat 1998 tarihli genelgenin kaldırılmasına yönelik düzenleme için yapılan başvuru

18. 29 Temmuz 1998 tarihinde başvuran, 23 Temmuz 1998 tarihli genelgenin kaldırılmasına yönelik bir düzenleme için başvuruda bulunmuştur. Yazılı layihalarında, genelgenin ve uygulamasının, Sözleşmenin 8, 9 ve 14. maddeleri ve 1 nolu Protokolün 2. maddesi ile korunan haklarına tecavüz ettiğini, genelgenin kanuni bir dayanağının olmadığını ve Rektörün o alanla ilgili bir düzenleme yetkisi bulunmadığını bildirmiştir.

19. 19 Mayıs 1999 tarihli bir kararda, İstanbul İdare Mahkemesi başvuruyu reddetmiş, Yükseköğretim Kanunu'nun (Kanun no. 2547 – bkz. 52. paragraf) 13(b) maddesi ışığı altında, bir üniversite rektörünün, üniversitenin yönetim organı olarak, düzenin korunması amacıyla öğrencilerin kıyafetlerini düzenleyebileceğini gerekçe göstermiştir. Söz konusu düzenleme yetkisi ilgili yasalar ile Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın kararlarına uygun olarak kullanılmak zorundadır. Adı geçen mahkemelerin yerleşik içtihatları ışığında, İdare

Mahkemesi hem yürürlükteki düzenlemenin hem de başvuran hakkında alınan kararların, hukuka aykırı olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

20. 19 Nisan 2001 tarihinde, Danıştay başvuranın, temyiz itirazlarını reddetmiştir.

C. Başvuran hakkında verilen disiplin cezaları

21. Mayıs 1998'de başvuran hakkında, kıyafet ile ilgili kurallara uymadığı gerekçesiyle, Öğrenci Disiplin Soruşturması Tüzüğü'nün 6(a) maddesi uyarınca, disiplin soruşturması açılmıştır.

22. 26 Mayıs 1998 tarihinde, başvuranın hareketleriyle, derslere ve pratik çalışmalara türban ile katılmaya devam etmekte ısrar edeceğine göstermesi karşısında, fakülte dekanı, kendisinin tutumunun ve kıyafet ile ilgili kurallara uymamasının bir öğrenciye yakışmadığını beyan etmiştir. Dekan sonuç olarak bir uyarı verilmesine karar vermiştir.

23. 15 Şubat 1999 tarihinde, yasadışı bir topluluk Cerrahpaşa Eczacılık Fakültesi dekanlığı dışında kıyafet ile ilgili düzenlemeleri protesto etmek amacıyla toplanmıştır

24. 26 Şubat 1999 tarihinde, fakülte dekanı, içlerinde başvuranında bulunduğu, bazı öğrenciler hakkında topluluğa katıldıkları için disiplin soruşturmasına başlamıştır. 13 Nisan 1999 tarihinde, başvuranın konuşmasını dinledikten sonra, dekan Öğrenci Disiplin Soruşturması Usulü Tüzüğü'nün 9(j)

maddesi (bkz. 50. paragraf) uyarınca, kendisini bir dönem okuldan uzaklaştırmıştır.

25. 10 Haziran 1999 tarihinde, başvuran hakkında verilen uzaklaştırma kararının bozulması kararı için İstanbul İdare Mahkemesine başvurmuştur. Başvuru 30 Kasım 1999 tarihinde, dava dosyası içerisinde yer alan bilgiler ve konu ile ilgili yerleşik içtihatlar ışığında aleyhe görünen kararın hukuka aykırı olarak değerlendirilemeyeceğine, İstanbul İdare Mahkemesince karar verilmiştir.

26. 4584 sayılı kanunun (bu kanun disiplin cezalarına çarptırılan veya iptal edilebilir kısıtlılıklarla karşılaşan öğrencilere af getirmektedir) 28 Haziran 2000 tarihinde yürürlüğe girmesini takiben başvuranı kendisine verilen bütün cezalardan ve bunların sonucunda ortaya çıkan kısıtlılıktan kurtaran bir af tanınmıştır.

27. 28 Eylül 2000 tarihinde, Danıştay 4584 sayılı kanunun, başvuranın 30 Kasım 1999 tarihli karara karşı başvurduğu temyiz ile ilgili davanın incelenmesini gereksiz kıldığına karar vermiştir.

28. Bu arada, 16 Eylül 1999 tarihinde, başvuran Türkiye'de ki eğitimini bırakarak, üniversite eğitimine devam ettiği Viyana Üniversitesine kayıt olmuştur.

II. İLGİLİ HUKUK VE UYGULAMA

A. Anayasa

29. Anayasanın ilgili hükümleri:

Madde 2

Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, İnsan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

Madde 4

Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.

Madde 10

Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

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

Madde 13

Temel hak ve hürriyetler, özlerinde dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhu-na, demokratik toplum düzeninin ve

lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Madde 14

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

Madde 24

Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.

Madde 42

Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.

Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.

Eğitim ve öğretim, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz.

Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.

İlköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır.

Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir.

Devlet, maddi imkanlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirlerle alır.

Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütü-

lür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez....

Madde 153

Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçe si yazılmadan açıklanamaz.

Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.

.....

Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.

B. Geçmiş ve arka plan

1. Dini giysi ve laikliğin temelleri

30. Türkiye Cumhuriyeti, Devletin laik olması temelinde kurulmuştur. 29 Ekim 1923'de Cumhuriyetin ilan edilmesinden önce ve sonra, kamusal ve dini alanlar bir dizi devrim niteliğindeki reformun ardından birbirlerinden ayrılmıştır: 3 Mart 1923'de halifeliğin kaldırılması, 19 Nisan 1928'de İslamın devletin dini olduğuna ilişkin anayasal düzenlemenin iptal edilmesi ve son olarak, 5 Şubat 1937'de laikliğin temeli ile ilgili anayasal statüye ilişkin anayasal değişiklik.(bkz. Yukarıda 29. paragrafta belirtilen, 1924 Anayasasının 2. maddesi ve 1961 ve 1982 Anayasalarının 2. maddesi)

31. Laikliğin temeli 19. yy ile Cumhuriyetin ilan edildiği dönem

arasında Osmanlı toplumundaki gelişmelerden esinlenmiştir. Bütün vatandaşlara din, sınıf ve cinsiyet ayrımı yapılmaksızın, eşitliğin garanti edildiği modern bir toplum yaratılması düşüncesi 19. yy. Osmanlı'da zaten tartışılmıştır. Kadın hakları konusundaki önemli atılımlar bu dönemde gerçekleştirilmiştir. *(eğitimde eşit muamele, 1914'de çok evlilik ile ilgili yasak getirilmesi, evlilikten kaynaklanan davalara ilişkin yargılama yetkisinin 19. yy.da kurulan laik mahkemelere devredilmesi)*

32. Cumhuriyet ülküsünün tanımlayıcı özelliği, kadınların kamu yaşamındaki varlıkları ve topluma etkin katılımları idi. Sonuç olarak, kadınların dini kısıtlamalardan kurtarılması ve toplumun çağdallaştırılması düşüncelerinin genel bir temeli bulunmaktaydı. Bunun sonucu olarak, 17 Şubat 1926'da, boşanma ve veraset konularıyla sınırlı olmak üzere, vatandaşlık haklarının kullanılmasında cinsiyetler arasında eşitliğin sağlanması için hazırlanan Medeni Kanun kabul edilmiştir. Akabinde, 5 Aralık 1934 tarihli bir anayasal değişiklik ile (1924 Anayasasının 10. maddesi), kadınlar erkeklerle eşit siyasi haklara sahip olmuşlardır.

33. Kıyafeti düzenleyen ilk yasa, kıyafete çadaşlaşma ile ilgili bir konu olarak yaklaşan, 28 Kasım 1925 tarihli Şapka Yasasıdır (Kanun no. 671). Benzer biçimde, 3 Aralık 1934 tarihli Kıyafet (İntizam) Kanunu (Kanun no. 2596) ile, din ve ilgili inanışlardan bağımsız ola-

rak, ibadet yerleri veya dini törenler haricinde dini kıyafetlerin giyilmesine de yasak getirilmiştir.

34. 3 Mart 1924 tarihli Tevhidi Tedrisat Kanunu (*Eğitim ve Öğretimin Tekliği Yasası*) göre, dini okullar kapatılmış ve bütün okullar Eğitim Bakanlığının denetimi altına girmiştir. Bu Kanun Türk Anayasasının 174. maddesi ile korunan, anayasal temeli olan yasalardan biridir.

35. Türkiye'de okullarda ve üniversitelerde İslami başörtüsü takılması, aslında gerçekte 1980'lerde ortaya çıkan, yeni bir olaydır. Konu ile ilgili kapsamlı tartışmalar yapılmakta ve Türk toplumunun günlük tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Türbanı savunanlar türban takmayı dini kimlikle bağlantılı bir görev ve/veya bir ifade biçimi olarak görmektedirler. Bunun yanında, başörtüsü (*gevşek şekilde giyilen, geleneksel Anadolu başörtüsü*) ile İslami başörtü (*saçları ve boynu gizleyen, sıkı, düğümlü başlık*) arasında bir ayırım yapan laiklik savunucuları, İslami başörtüyü, politik ve İslamın bir sembolü olarak görmektedirler. 28 Haziran 1996'da muhafazakar Refah Partisi ile merkez-sağ Doğru Yol Partisi'nden oluşan koalisyon hükümetinin iktidara gelmesinin bir sonucu olarak, tartışma güçlü politik zemine taşınmıştır. Daha sonraki Başbakanı da içeren, Refah Partisi liderlerinin demokratik değerlere bağlılıkları ve her bir dini topluluk için farklı dini kurallara göre işleyen yasal sistemlerin ço-

ğunluğunun savunuculuğu konusunda göstermiş oldukları kararsızlık, Türk toplumu tarafından cumhuriyetin değerleri ve toplumsal barış için bir tehlike olarak görülmüştür.(bkz. *Refah Partisi (the Welfare Party) ve Diğerleri – Türkiye [BD]. no. 41340/98, 41342/98 ve 41344/98, AİHM 2003-II*)

2. Yükseköğretim kurumlarında ki kıyafet ile ilgili kurallar ve Anayasa Mahkemesi içtihatları

36. Yükseköğretim kurumlarındaki kıyafet ile ilgili düzenlemelerin ilk bölümü, Kabine tarafından 22 Temmuz 1981'de çıkarılan, kamu kuruluşlarında ve kurumlarında çalışan görevliler ve Devlet kurumlarındaki öğrenci ve personelin basit, ölçülü ve modern kıyafetler giyilmesini gerektiren bir dizi düzenlemedir. Düzenlemeler ayrıca bayan görevlilerin ve öğrencilerin eğitim kurumlarında peçe takamayacaklarını da düzenlemektedir.

37. 20 Aralık 1982 tarihinde, Yüksek Öğretim Kurumu, yükseköğretim kurumlarında başörtü takılmasına ilişkin bir genelge çıkartmıştır. Ders verilen yerlerde türban yasaklanmıştır. 13 Aralık 1984 tarihli bir kararında Danıştay, düzenlemelerin yasal olduğuna karar vermiş ve aşağıda ki tespitte bulunmuştur:

“Formalite gereği masum bir uygulama olmanın ötesinde, başörtü takılması kadınların özgürlükleri ve Cumhuriyetin temel değerleri ile çelişen bir görüşün sembolü haline gelmektedir.”

38. 10 Aralık 1988 tarihinde Yükseköğretim Kanunu'nun (Kanun no.2547 – “Yüksek Öğretim Kanunu”) geçici 16. bölümü yürürlüğe girmiştir. Bu bölüm şu hükme yer vermektedir.

“Yükseköğretim kurumlarının, hazırlık okullarının, laboratuvarların, kliniklerin ve çok programlı kliniklerin odaları ve koridorlarında modern kıyafetler veya görünüm zorunlu olacaktır. Peçe veya boynu ve saçları kaplayan başörtüsü dini inançlar haricinde giyilebilir.”

39. 5 Temmuz 1989 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 7 Mart 1989 tarihli kararında, Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsedilen düzenlemenin Anayasanın 2. (Laiklik), 10. (kanun önünde eşitlik) ve 24. (din özgürlüğü) maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme ayrıca bunun, tam cinsiyet eşitliği ilkesiyle ve bununla birlikte cumhuriyetin ve devrimlerin değerleriyle (bkz. *Anayasa- Giriş ve 174.madde*) bağdaşmayacağına karar vermiştir.

Kararda, Anayasa Mahkemesi yargıçları, ilk olarak, laikliğin ülkenin tarihsel deneyimleri ve diğer dinlere göre İslam'ın özellikleri nedeniyle anayasal bir statü kazandığını; laikliğin demokrasi için gerekli esaslı bir koşul olduğunu ve din özgürlüğü ve hukuk önünde eşitliğin bir garantisi olarak rol oynadığını açıklamışlardır. Ayrıca, Devletin belli bir dine veya inanca öncelik vermesini önler, sonuç olarak, laik bir devlet yasama görevini yerine getirirken dini inanışları kullanamaz. Kararda ayrıca: *“Laiklik, ulusal egemenlik, demokrasi, özgür-*

lük ve bilime dayanan, politik, sosyal ve kültürel hayatın sivil düzenleyicisidir. Laiklik, bireye düşünce özgürlüğü aracılığı ile kendi kişiliğini beyan etme olanağı sunan ve politikalar ile dini inanışlar arasında yaptığı ayırım ile vicdan ve din özgürlüğünü etkin bir şekilde veren ilkedir. Dini düşünce ve dini kurallar ile işleyen, dine dayalı toplumlarda, politik oluşumlar dini karakterlidir. Laik bir rejimde, din, politik bir rolden korunur. Yetkililerin aleti değildir ve herbir kimsenin ve herkesin vicdanları ile belirleyebilmeleri amacıyla saygı duyulan yerinde durmaktadır.” denilmiştir.

Anayasa Mahkemesi Kararında; din, vicdan ve ibadet özgürlüğünün ihlal edilemeyecek nitelikte olduğunu ve herhangi bir dine ait bir kıyafetin giyilmesi hakkını verdiği şeklinde yorumlanamayacağını vurgulayarak, bu özgürlüğün bir dine inanma ya da inanmamaya karar verme özgürlüğünü de öncelikle içerdiğini ifade etmiştir. Bir kimsenin ibadetini yapma özgürlüğünün, vicdani özel alanı dışına çıktığında, laiklik ilkesini korumak amacıyla ve kamu düzeni gerekçesiyle sınırlanabileceğini açıklamıştır.

Herkes, toplumsal ve dini değerler ile toplumun geleneklerine saygı gösterilmesi gerektiği gibi nasıl giyineceğini de seçme özgürlüğüne sahiptir. Bununla birlikte, bir din ile bağlantılı olarak, belirli bir kıyafet yasası düzenlendiği zaman, söz konusu din çağdaş topluma zıt bir değerler bütünü olarak anlaşılır ve sunulur. Üstelik, nüfusun çoğunluğunun Müslüman olduğu

Türkiye’de, İslami başörtüsü takılmasının zorunlu dini bir görev olarak dayatılması, bunu uygulayan Müslümanlarla, uygulamayan Müslümanlar ve inananlarla inananlar arasında turban takmayı reddeden herhangi bir kimseyi muhakkak dine karsı ya da dinsiz sayılması sonucunu doğuracaktır.

Anayasa Mahkemesi ayrıca, öğrencilerin, sakin, hoşgörülü ve karşılıklı olarak destekleyici bir ortamda, dini bağlılık simgeleriyle eğitimin bu amacından sapmayarak çalışmalarını yapmalarına ve eğitimlerine sürdürmelerine izin verilmesi gerektiğini belirtmiştir. İslami başörtüsünün İslamın gereği olduğu dikkate alınmaksızın, yüksek öğretim kurumlarında bu tür bir dini sembolün yasal olarak tanınmasının, Devlet eğitiminin yansız olması ilkesiyle uyumlu olmayacağına, çünkü bunun farklı dini inançları veya inanışları olan öğrenciler arasında uyuşmazlıklar yaratmasının olası olduğuna hükmetmiştir.

40. 25 Ekim 1990 tarihinde, 2547 sayılı yasanın geçici 17. bölümü yürürlüğe girmiştir. Bu bölüm:

“Yürürlükte olan kurallarla çatışmadığı surece, yüksek öğretim kurumlarında kıyafet secimi serbest olacaktır” kuralını getirmiştir.

41. 31 Temmuz 1991 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 9 Nisan 1991 tarihli bir kararında, Anayasa Mahkemesi, 7 Mart 1989 tarihli kararında ortaya koyduğu ilkeler ışığında, yukarıda bahsedilen düzenleme yüksek öğretim kurumlarında dini temeller altında turban

takılmasına izin vermemektedir ve bu Anayasayla da uyumludur. Bunların yanısıra; şunları ifade etmiştir.

“... ‘yürürlükteki hukuk’ ifadesi ilk olarak ve en önemlisi Anayasaya karşılık gelmektedir... Yüksek eğitim kurumlarında, boynun ve saçların dini inançlar temelinde bir peçe veya turban ile kapatılması laikliğin ilkelerine ve eşitliğe aykırıdır. Bu şartlarda, aleyhte görülen yasanın yüksek öğretim kurumlarında izin verdiği kıyafet özgürlüğü, ‘dini doğası olan kıyafetle veya birisinin boynun ve saçlarını bir peçe veya turban ile kapatması fiili ile alakalı değildir’... Bu bölümle [geçici 17. bölüm] getirilen özgürlük, ‘yürürlükte olan kanunlara’ aykırı olmama şartına bağlıdır. Anayasa Mahkemesinin kararı [7 mart 1989 tarihli] bir kişinin boyun ve saçlarının turban ile kapatılmasının ilk olarak ve en önemlisi Anayasaya aykırıdır. Sonuç olarak, yukarıda adı geçen, [seçilen] kıyafetin yürürlükte olan kanunları ihlal etmemesini gerektiren, düzenlemede belirtilen koşul, ‘bir kimsenin boynunu ve saçlarını turbanla kapatması’ fiilini giyinme özgürlüğünün kapsamından çıkarmıştır....”

3. Düzenlemelerin İstanbul Üniversitesi’nde Uygulanması.

42. İstanbul Üniversitesi on besinci yüzyılda kurulmuştur ve Türkiye’deki Devlete bağlı yüksek eğitimin en önemli merkezlerinden birisidir. On yedi fakülte (iki eczacılık fakültesini de içeren – Cerrahpaşa ve Çapa) ve on iki yüksekokulu bulunmaktadır. Yaklaşık 50.000 öğrencisi vardır.

43. 1994 yılında, Eczacılık Fakültesi ebelik dersine kayıtlı kız öğrencilerin dilekçe kampanyasının ardından, Rektör Yardımcısı turbanın geçmişini ve ilgili düzenlemelerin hukuki temelini anlattığı, özellikle şu hususları içeren bir muhtıra dağıtmıştır.

“Ebelik dersine kayıtlı öğrencilerin, pratik çalışmalar sırasında turban takmalarına engel olan yasak vicdan ve din özgürlüklerine tecavüz etmek amacını değil, yürürlükte olan kanunlar ve düzenlemelere uymak amacını gütmektedir. Görevlerini yerine getirirken, ebeler ve hemşireler bir üniforma giyerler. Bu üniforma Sağlık Bakanlığının yapmış olduğu düzenlemelerle tarif edilmiş ve düzenlenmiştir. Bu mesleğe girmek isteyen öğrenciler bunun farkındadırlar. Uzun kollu palto giyerken, bir bebeği kuvvete koymaya ve oradan çıkartmaya çalışan veya ameliyathanede veya doğum ünitesinde bir doktora yardımcı olan bir öğrenciyi hayal edin”

44. Rektör Yardımcısı tüm üniversite binalarında İslami başörtüsü takılmasına izin verilmesi amacını taşıyan kampanyanın, düzeni zayıflatan ve Üniversite, Fakülte, Cerrahpaşa Hastanesi ve Eczacılık Fakültesinde huzursuzluk yaratan bir noktaya ulaşmasından kaygı duymuştur. Rektör Yardımcısı, öğrencilere, özellikle hasta haklarını anımsatarak, kıyafet kurallarına uyma çağrısında bulunmuştur.

45. 1 Haziran 1994’de Üniversite yönetimi tarafından öğrencilerin ve üniversite personelinin kıyafetlerine ilişkin, aşağıda hususları öngören, bir karar alınmıştır.

“Üniversitelerdeki kıyafeti düzenleyen kurallar kanunlar ve düzenlemelerde belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi üniversitelerde giymeye devam eden dini kıyafetlere engel olan bir karar oluşturmuştur.

Bu karar Üniversitemizin bütün öğrencilerini ve yönetici ve diğer konumdaki ve her seviyedeki akademik personeli kapsamaktadır. Özellikle, hemşireler, ebeler, doktorlar ve veterinerler, sağlık ve pratik bilim çalışmaları (hemşirelik, laboratuvar çalışması, ameliyat ve mikro biyoloji) sırasında bilimsel düşünceler ve düzenlemelerle dikte edildiği gibi, kıyafet ile ilgili düzenlemelere uymak gerekliliğindedirler. Kıyafet ile ilgili kurallara uymayan her kimse çalışmalara katılmaktan men edilecektir.”

46. 23 Şubat 1998 tarihinde Rektör Yardımcısı tarafından imzalanan, sakallı ve türbanlı öğrencilerin kabulüne ilişkin bilgiler içeren bir genelge dağıtılmıştır (*bu genelgenin metni için yukarıdaki 16. paragrafa bakınız*).

47. Üniversite aşağıdaki gibi kaleme alınan bir düzenlemeyi (9 Temmuz 1998 tarihli 11 notu) kabul etmiştir:

“1. İstanbul Üniversitesi öğrencileri Anayasa Mahkemesinin ve yüksek yargı organlarının görüşlerinde belirtilen kıyafet ile ilgili hukuki ilkelere ve kurallara uyacaklardır.

2. Öğrenciler üniversitenin herhangi bir enstitü veya departmanında veya bunların herhangi bir binasında, herhangi bir dini, inancı, ırkı, veya politik ve ideolojik görüşü sem-

bolize eden veya belirten kıyafetler giymeyeceklerdir.

3. Öğrenciler kayıtlı oldukları enstitü veya kuruluşlarda mesleki nedenlerle belirli kıyafetler giymesini gerektiren kurallara uyacaklardır.

4. Öğrenciler tarafından enstitü veya departmanlarına verilen fotoğraflar ‘önden’ ‘başı ve boynu açık’[çekilmiş olmalıdır]. Altı aydan eski olmamalı ve öğrenci tam olarak tanınabilmelidir.

5. Yukarıda bahsedilen hususlara aykırı davranışlar sergileyen veya söylemleri, yazdıkları veya davranışları ile böyle bir davranışı özendiren herkimse Öğrenci Disiplin Soruşturmaları Kuralları ile belirlenen fiillerden sorumlu olacaklardır.”

4. Öğrenci Disiplin İşlemleri Kuralları

48. 13 Ocak 1985 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Öğrenci Disiplin İşlemleri Kuralları beş tür disiplin cezası öngörmüştür: uyarı, tekdir, bir hafta ile bir ay arasında geçici uzaklaştırma, bir veya iki dönem geçici uzaklaştırma, ihraç.

49. Ancak, üniversite binalarında türban takılması bir disiplin suçu oluşturmamaktadır.

50. Yönetmeliğin 6-a maddesine göre “tutumu ve davranışları öğrencilikle bağdaşmayan” öğrenci uyarı ile cezalandırılır. Kınama cezası ise diğerleri meyanında derslerin, seminerlerin, laboratuvar veya atölye çalışmalarının kesilmesine neden olan öğrenciler hakkında uygulanacaktır (Madde 7-a ve e). Yükseköğretim kurumlarında ol-

ması gereken sakin, huzurlu çalışma ortamını bozacak eylemleri ile diğerlerinin eğitim ve öğretim hakkını doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan ya da bu tür kurumlarda siyasal etkinliklere giren öğrenciler bir haftadan bir aya değin geçici uzaklaştırma cezası alacaklardır (8-a ve c maddesi). 9-j maddesine göre, üniversite içerisinde izinsiz toplantı düzenleyen veya toplantıya katılan öğrenciler bir veya iki sömestr okuldan uzaklaştırmayla cezalandırılır.

51. Disiplin yakınmalarının soruşturulmasına ilişkin usuller Kuralların 13 ve 14. maddeleri ile düzenlenmiştir. 16. ve 33. maddeler öğrencilerin savunma haklarına saygı gösterilmesi ve disiplin kurulumun kuralın çiğnenmesine sebep olan nedenleri dikkate alması gerektiğini belirtmiştir. Bütün disiplin önlemleri idari mahkemelerde yargı denetimine tabidir.

5. Üniversite yetkililerinin düzenleme yetkisi

52. Anayasa'nın 130. maddesi gereğince *kamu tüzel kişisi* olan üniversiteler Devlet'in kontrolünde bir *özerkliğe* sahiptir. Bu özerklik, başlarında yasaların verdiği yetkilere sahip, rektör gibi yönetim organlarının bulunması biçiminde ortaya çıkar.

2547 sayılı Kanunun 13. bölümünün ilgili kısımları su hususları düzenlemiştir.

“...b) (Rektörlerin) Görev, yetki ve sorumlulukları:

(1) *Üniversite kurullarına başkanlık etmek, yükseköğretim üst kuruluşlarının kararlarını uygula-*

mak, üniversite kurullarının önerilerini inceleyerek karara bağlamak ve üniversiteye bağlı kuruluşlar arasında düzenli çalışmayı sağlamak,.....

(5) *Üniversitenin birimleri ve her düzeydeki personeli üzerinde genel gözetim ve denetim görevini yapmak,*

....güvenlik önlemlerinin alınmasında, bilimsel ve idari gözetim ve denetimin yapılmasında..... birinci derecede yetkili ve sorumludur.”

53. 2547 sayılı kanunun 13. maddesi ile rektörlere verilen gözetim ve denetim yetkisi yasallığın gereklerine ve idari mahkemelerin incelemesine tabidir.

C. Anayasa Mahkemesi kararlarında yer alan gerekçelerin bağlayıcı gücü

54. 4 Mart 2000 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan, 27 Mayıs 1999 tarihli kararında (E.1998/58, K.1999/19) Anayasa Mahkemesi şunları ifade etmiştir, diğerlerinin yanı sıra:

“Yasama ve yürütme organları, kararların hüküm fıkraları ile beraber bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Kararlar ve gerekçeler, yasama faaliyetlerini değerlendirme ölçütlerini ortaya koyar ve yasama faaliyetlerinde izlenecek yolları saptar.”

D. Karsılaştırmalı hukuk

55. Yirmi yıldan uzun bir suredir İslami Başörtünün Devlet eğitimindeki yeri tüm Avrupada tartışma konusu olmuştur. Avrupa ülkelerinin çoğunda, tartışma temel

olarak ilk ve orta öğretimde odaklanmıştır. Bununla birlikte, Türkiye, Azerbaycan ve Arnavutluk'da konu sadece bireysel özgürlük sorununu değil, aynı zamanda İslami başörtünün politik anlamı ile ilgilidir. Bunlar üniversitelerde turban takılmasına ilişkin düzenlemeler yapan tek üye devletlerdir.

56. Laikliğin cumhuriyete ait değerlerin köşe taşlarından biri olarak değerlendirildiği Fransa da, laiklik ilkesi ile bağlantılı olarak, Devletin ilk ve orta okullarında dini inançları ortaya koyan kıyafet veya sembollerin giyilmesini düzenleyen mevzuat 15 Mart 2004 tarihinde kabul edilmiştir. Mevzuat Eğitim Kanunu'na L. 141-5-1 maddesini eklemiştir. Bu madde su hususları düzenlemektedir: “*Devlet ilk ve orta okullarında, öğrencilerin bir dini inancı fazlasıyla ortaya koydukları sembol veya kıyafetlerin giyilmesi yasaklanmıştır.*”

Kanun, post-baccalaureate derslerini (*grandes écoles'e ve mesleki hazırlık derslerine girebilmek için hazırlık sınıfı*) de içeren tüm Devlet okullarında ve eğitim kurumlarında uygulanır. Devlet üniversitelerine uygulanmaz. Ayrıca, 18 Mayıs 2004 tarihli genelgenin de belirttiği gibi, Yasa sadece “*“kipa veya aşırı büyük boyutta bir haç gibi adı her ne olursa olsun dini eğiliminin kolaylıkla tanınmasını sağlayan işaretlerle”*”ı belirtmektedir

57. Belçika'da okullarda dini sembollerin giyilmesine ilişkin genel bir yasak yoktur. Fransız Topluluğu'nda, 13 Mart 1994 tarihli bir kararname Topluluk içinde eğitimin yansız olmasını şart koşmuş-

tur. Öğrencilerin esas olarak dini sembolleri giymelerine müsaade edilmiştir. Ancak, sadece insan hakları, diğerlerinin şerefi, ulusal güvenlik, toplum düzeni ve toplum sağlığı ve ahlakının korunduğu ve iç kurallarla uyduğu surece bu şekilde uygulanır. Ek olarak, öğretmenler yetkileri kapsamında dini veya felsefi propagandaya veya öğrenciler tarafından veya onlar adına politik militanlık eylemlerine izin vermemelidirler. Kararname sınırlamaların okul kuralları ile düzenleneceğini şart koşmuştur. 19 Mayıs 2004 tarihinde Fransız Topluluğu muamele eşitliğini tesis etmek amacı güden bir kararname çıkartmıştır. Flaman Topluluğu'nda, okullarda dini veya felsefi sembollerin giyilmesine izin verilip verilmemesi ile ilgili bir kıyafet düzenlemesi yoktur. Bazıları uygulamakta, diğerleri uygulamamaktadır. Öğrencilerin bu tarz sembolleri giymelerine müsaade edildiği zaman, kısıtlamalar hijyen ve güvenlik temellerinde düzenlenebilir.

58. Diğer ülkelerde (*Avusturya, Almanya, Hollanda, İspanya, İsveç, İsviçre ve Birleşik Krallık*), bazı durumlarda uzayan tartışmaların ardından, Devlet eğitim makamları Müslüman öğrencilerin turban takmalarına izin vermektedirler.

59. Tartışmanın öğretmenlerin türban takmasına izin verilmesi noktasına odaklandığı Almanya'da, Anayasa Mahkemesi 24 Eylül 2003'de bir öğretmen ile Land of Baden-Württemberg arasındaki bir davada, açık kanuni bir yasaklama olmamasının öğretmenlerin türban takmalarına izin verdiğini belirt-

miştir. Sonuç olarak, mahkeme Lander'a eğer Devlet okullarında türban takılmasını yasaklamak istiyorlarsa kıyafet ile ilgili kuralları ortaya koymaları yükümlülüğünü getirmiştir.

60. Avusturya'da başörtüsü, İslami başörtüsü veya kippa giyilmesini düzenleyen özel bir düzenleme yoktur. Genel olarak, başörtü takılmasına ilişkin bir yasak ancak öğrenciler için bir sağlık veya güvenlik tehlikesi oluşturursa adil olabilir şeklinde düşünülmektedir.

61. Birleşik Krallık'da, dini semboller giyen öğrencilere hoşgörülü bir yaklaşım gösterilmektedir. Turban hakkındaki sıkıntılar seyrektiler. Konu çok kültürlü yapılarını korumak için ırk ayrımcılığının ortadan kaldırılması kapsamında da tartışılmıştır (bkz. Özellikle, Mandla – Dowell, 'mahkeme raporları' 1983, 548-570). Görüşleri sadece tavsiye niteliği taşıyan, Irksal Eşitlik Komisyonu, İslami başörtü konusunu 1998'de özel bir okul ile okulda turban takmalarına izin verilmesini isteyen iki kız kardeşin aile üyeleri arasında uzlaşma ile sonuçlanan, Altrincham Grammar School davasında da dikkate almıştır. Okul lacivert (*okul üniformasının rengi*) olduğu ve boyunda bağlanmış ve süslü olmadığı takdirde, başörtüsü takmalarına izin verilmesi konusunda anlaşmıştır.

R (*Begümün başvurusu ile*)-Denbigh Lisesi Yöneticileri ve Başöğretmeni davasında [2004], Yüksek Mahkeme okul ile jilbab (*uzun kadın elbisesi*) giymek isteyen bir öğrenci arasındaki uyuşmazlığı çözmek zorundaydı. Okul öğrenci-

lerin bir üniforma giymelerini gerektirmektedir, mümkün olan mevcut ihtimallerden bir tanesi başörtüsü ve shalwar kameeze (*Hindistan'a ait uzun geleneksel giysi*) idi. Haziran 2004'de Yüksek Mahkeme öğrencinin başvurusunu din özgürlüğüne ilişkin bir ihlal olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Ancak, söz konusu karar Mart 2005'de Birleşik Krallık'da ki Müslümanların azınlığı jilbab giymenin ergenlik çağından itibaren dini bir görev olarak var olduğunu düşündüğü ve öğrencinin gerçekten aynı görüşte olduğu gibi, öğrencinin din özgürlüğüne müdahale olduğunu kabul eden Temyiz Mahkemesi tarafından geri çevrilmiştir. Karar verme süreci din özgürlüğü ile uyumlu olmadığı gibi, okul yetkilileri tarafından söz konusu müdahale ile ilgili bir gerekçe gösterilmemiştir.

62. İspanya'da, öğrencilerin devlet okullarında dini bas örtüsü giymeleriyle ilgili açık bir yasal yasaklama yoktur. Yetkili makamlar – bağımsız topluluk- belirli ölçütler getirmediği surece ilk ve orta okullarda uygulanacak olan, 26 Ocak 1996 tarihli iki krallık Kararnamesine dayanarak, okul yöneticilerinin kıyafet ile ilgili hususları da içerebilecek okul kuralları koyabilme yetkileri vardır. Genel olarak, Devlet okulları başörtüsü giyilmesine izin vermektedirler.

63. Finlandiya ve İsveç'de okullarda peçe giyilebilmektedir. Ancak, burka (*vücutun tamamını ve yüzü kapatan peçe için kullanılan terim*) ile niqab (*gözler hariç vücutun üst kısmının tamamını kapatan peçe*) arasında bir ayrım yapıl-

maktadır. İsveç’de zorunlu talimatlar 2003’de Ulusal Eğitim Dairesi tarafından çıkartılmıştır. Bunlar okulların cinsiyet eşitliğine ilişkin genel değerler ile ilgili diyalog ruhuna ve eğitim sisteminin temellendiği demokratik ilkelerine uygun şekilde yaptıkları surece, burka ve niqab’i yasaklamalarına izin vermektedir.

64. Türbanın din özgürlüğünden ayrı daha çok ayrımcılık bakış açısından değerlendirildiği Hollanda’da, genel olarak hoş görülmektedir. 2003’de bağlayıcı olmayan bir direktif çıkartıldı. Okullar kuralların ayrımcı olmadığı ve okul broşüründe yer aldığı ve ihlale verilen cezanın nispetsiz olmadığı surece öğrencilerin bir üniforma giymesini isteyebilir. Burka ile ilgili yasak tanınabilme ve öğrencilerle iletişim kurabilme gereksinimi ile gerekçelendirilmiştir. Buna ek olarak, Eşit Muamele Komisyonu 1997’de genel dersler boyunca güvenlik için peçe giyilmesinin yasaklanmasının ayrımcılık olmadığına hükmetmiştir.

65. Bazı diğer ülkelerde (Çek Cumhuriyeti, Yunanistan, Macaristan, Polonya ve Slovakça), İslami başörtü konusu herhangi bir kapsamlı hukuki tartışma yaratan bir konu olarak ortaya çıkmamıştır.

E. Yüksek öğretime ilişkin Avrupa Konseyi’nin ilgili metinleri

66. Avrupa Konseyi tarafından üniversite eğitimi ile ilgili kabul edilmiş çeşitli metinler arasında ilk olarak bahsedilebilecek olan 27 Ocak 1998’de kabul edilen 1353

sayılı Azınlıkların Yüksek Öğretime girişleri ile ilgili Parlamenterler Meclisi Tavsiye Kararı (1998) ve 17 Mart 1998’de kabul edilen R (98) sayılı Yüksek Öğretime Giriş ile ilgili Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararıdır.

Bu alanla ilgili bir diğer belgelerden bir diğeri 11 Nisan 1997’de Lizbon’da imzalanan ve 1 Şubat 1999’da yürürlüğe giren Avrupa Bölgesinde Yüksek Öğretimi ile ilgili Niteliklerin Tanınmasına ilişkin Avrupa Konseyi/UNESCO ortak konvansiyonudur.

67. Avrupa Bölgesinde Yüksek Öğretimi ile ilgili Niteliklerin Tanınmasına ilişkin Konvansiyonun giriş bölümü şu hususları belirtmektedir:

“Eğitim hakkının ve bilgiye ulaşma ve geliştirme konusunda yararlı olan yüksek eğitimin bir insan hakkı olduğu bilinci, hem bireyler hem de toplum için çok zengin kültürel ve bilimsel değer oluşturur...”

68. 17 Mart 1998 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (98) 3 sayılı Yüksek Öğretime Giriş ile ilgili Tavsiye Kararı almıştır. Kararın giriş kısmı şu hususları belirtmektedir:

“... yüksek öğretimin insan haklarının ve temel özgürlüklerin yükseltilmesinde ve çoğulcu demokrasinin ve hoşgörünün geliştirilmesinde kilit bir rol oynamaktadır [ve]... Toplumun bütün gruplarının üyelerine yüksek öğretimde yer almaları için verilen geniş imkanlar demokrasinin korunmasına ve sos-

yal gerginlik durumunda güven yaratılmasına katkıda bulunur...”

69. Benzer şekilde, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından 27 Ocak 1998’de kabul edilen 1353 (1998) sayılı Azınlıkların Yüksek Öğretime Girişleri ile ilgili tavsiye kararının 2. maddesi şunları belirtmektedir:

“Eğitim temel bir insan hakkıdır ve bu nedenle yüksek öğretimde içeren her seviyesine giriş, Avrupa Kültürel Konvansiyonunu imzalayan devletlerin bütün daimi mukimlerine eşit şekilde mümkün olmalıdır.”

HUKUK

I- SÖZLEŞMENİN 9.

MADDESİNE AYKIRILIK SAVI

70. Başvuran yükseköğretim kurumlarında İslami Başörtüsü takılmasının yasaklanmasının, kendisinin din özgürlüğü ve kısmen, dinini açıklama özgürlüğü ile bağdaşmayan bir müdahale ortaya çıkardığını belirtmiştir.

Kendisi şu husuları düzenleyen Sözleşmenin 9. maddesine dayanmaktadır.

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayın yapmak suretiyle dinini veya inançını açıklama özgürlüğünü de içerir

2. Din veya inançını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması

için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.”

A. Daire kararı

71. Daire, İslami başörtüsünün takma hakkına kısıtlamalar getiren İstanbul Üniversitesi yönetmeliklerinin ve buna bağlı olarak alınan uygulama önlemlerinin başvuranın dinini açıklama hakkına müdahale oluşturduğunu saptamıştır. Daire, bu müdahalenin kanun tarafından öngörülmüş olduğunu, 9. maddenin ikinci paragrafının yer verdiği meşru amaçlardan birini güttüğünü ve ilke olarak kanıtlanıp izlenen hedeflerle orantılı olduğunu, dolayısıyla “*demokratik toplumda gerekli*” olduğunun düşünülebileceği sonucuna varmıştır (Daire kararının 66-116 paragrafları).

B. Tarafların Büyük Daire önünde ki sunumları

72. 27 Eylül 2004 tarihli Büyük Daireye gönderilme talebi ve duruşmadaki sözlü sunumlarında, başvuran Dairenin Sözleşmenin 9. maddesi ile ilgili herhangi bir ihlal olmadığı yönünde verdiği kararın temellerine itiraz etmiştir.

73. Ancak, 27 Ocak 2005’de Büyük Daireye sunduğu mütaallalarında bütün kadınların her türlü mekanda İslami başörtü takabilme haklarının hukuken tanınmasına yönelik bir beklentisi olmadığını ve diğerlerinin yanı sıra, bu anlamda şunları söylemiştir: “Daire kararında ima olunan başörtüsü takma özgürlüğünün her zaman din özgürlü-

ğü ile korunamayacağı fikridir. [Ben] bu yaklaşımı tartışmıyorum”.

74. Hükümet Büyük Daireden, Dairenin Sözleşmenin 9. maddesi ile ilgili bir ihlal olmadığı yönündeki kararını onaylamasını talep etmiştir.

C. Mahkemenin değerlendirmesi

75. Mahkeme, başvuranın 9. madde ile korunan haklarının ihlal edilip edilmediğine ve, eğer edildiyse, ihlalin kanunen öngörülüp görülmeyeceğine, yasal bir amaç taşıyıp taşımadığına ve Sözleşmenin 9/2 maddesi anlamında “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığına karar vermelidir

1. İhlal olup olmadığı

76. Başvuran kıyafet seçiminin “genel kabul görmüş bir uygulama” olarak kabul ettiği dini bir kurala itaat olarak değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir. kısıtlama konusunun, yanı üniversite binalarında İslami başörtü takılması ile ilgili kuralların, dinini açıklama özgürlüğüne açık bir müdahale olduğunu belirtmiştir.

77. Hükümet bu konu ile ilgili Büyük Daire önünde herhangi bir sunum yapmamıştır.

78. İhlal olup olmadığı ile ilgili olarak, Büyük Daire, Dairenin aşağıda yazılı kararını (bkz. Daire kararının 71. paragrafı) onaylamıştır.

“Başvuran, İslami başörtü takmakla, dini bir emre uyduğunu ve böylece İslami inancı ile ortaya konan görevlere tam anlamıyla uymak yönündeki isteğini açıkladığını belirtmiştir. Buna uygun olarak, İslami

başörtü kararının din veya inanıştan esinlenmiş veya etkilenmiş olabileceği yönünde değerlendirilebileceği ve, bu tarz kararların her durumda dini görevi yerine getirmek için alınıp alınamayacağı tartışılmadan, Mahkeme konu ile ilgili, üniversitelerde İslami başörtü takılması hakkı konusundaki kısıtlamaların yeri ve usulünü ortaya koyan, düzenlemelerden hareketle soruşturmuş, başvuranın dinini açıklama hakkının ihlaline karar vermiştir.”

2. “Kanunen Düzenlenme”

(a) Tarafların Büyük daireye sunumları

79. Başvuran ne 1993’de ne de ondan sonraki dönemde öğrencilerin üniversitede İslami başörtü takmasını yasaklayan herhangi bir “yazılı kural” olmadığını söylemiştir. Öğrenci Disiplin Soruşturması Kurallarına göre İslami başörtü takmanın tek başına bir disiplin suçu olmadığını açıklamıştır (bkz. yukarıda 49 ve 50. paragraflar). Türban takma hakkını kısıtlayan ilk düzenleme, dört buçuk yıla yakın bir zaman sonra, Üniversite Rektörlüğünce 23 Şubat 1998 yılında çıkarılan genelgedir.

80. Başvuranın sunumunda, mahkemelerin hukuku uygulama görevleri olduğu, yeni hukuk kuralları yaratamayacağı gibi söz konusu düzenlemenin yasal temelinin Türk mahkemelerinin içtihatları olduğu doğru bir şekilde tartışılmamıştır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi 7 Mart 1989 ve 9 Nisan 1991 tarihli kararlarında (bkz. yukarıda 39 ve 41. paragraflar) özel durumlarda başörtüsünü yasak-

larken yetkisini aşan bir şekilde hareket etmediyse de, yaş koyucu mahkemenin bu kararlarının ilkini İslami başörtüyü yasaklayan bir düzenlemenin ortaya çıkarılmasını gerektiren bir şekilde yorumlamıştır. Anayasa Mahkemesinin kararı için ortaya koyduğu nedenlerin kanun gücü yok iken öğrencilerin yüksek öğretim kurumlarının binalarında başörtüsü takmalarını yasaklayan yürürlükte bir düzenleme bulunmamaktadır.

81. Başvuran, rektörlük ve dekanlık makamlarını da içeren üniversite yetkililerinin tartışmasız kanunlarla kendilerine verilen yetkileri kullanma hürriyetleri varken, uygulanma yöntemleri ve yetki aşımına karşı korunma sağlanmasında olduğu gibi bu yetkilerin kapsamı ve sınırları da hukuk tarafından açıklanmıştır. Huzurdaki davada, Rektör ne yürürlükteki kanunlara göre ne de Öğrenci Disiplin Soruşturması Kurallarına göre, “başörtü takan” öğrencilerin üniversite binalarına veya sınav salonlarına alınmalarını kabul etmeme yetki ve gücüne sahip değildir. Ek olarak, kanunkoyucunun hiçbir aşamada okullarda ve üniversitelerde dini sembollerin giyilmesine ilişkin genel bir yasak oluşturmak gibi bir bakış açısı yoktur, ve türbanın neden olduğu şiddetli tartışmalara rağmen Parlamento’da böyle bir yaşağa hiçbir zaman destek olmamıştır. Dahada fazlası, idari makamların yüksek öğretim kurumlarında başörtüsü takan öğrencilere disiplin cezaları uygulanmasına yönelik genel düzenlemeler ortaya koymamış olmaları böyle bir

yasak olmadığı anlamına gelmektedir.

82. Başvuran hakkına yapılan müdahalenin beklenen birşey olmadığını ve Sözleşme anlamında “kanun” a dayanmadığını düşünmüştür.

83. Hükümet kendilerini Büyük Dairenden, Dairenin bu konu ile ilgili bulgularını onaylamayı istemekle sınırlı tutmuşlardır.

(b) Mahkemenin değerlendirmesi

84. Mahkeme, “kanunla düzenleme” deyiminin öncelikle, aleyhde olan önlemin ic hukukda bir temeli olmasını gerektirdiği yönündeki içtihatlarını tekrarlar. Aynı zamanda, yasanın, ilgili kişiler için erişilebilir olması, bu kişilerin –gerektiğinde uygun yönlendirme içerecek- bu şartlarda makul olan ölçüde, belirli bir eylemin yol açacağı sonuçları öngörebilmelerini ve davranışlarını buna göre düzenlemelerini sağlayabilecek nitelik taşıması gerektiğine atıfta bulunur. (*Gorzelik ve Diğerleri – Polonya [BD], no. 44158/98, § 64, AİHM 2004-...*).

85. Mahkeme, başvuranın Türk hukukunun öngörülemezliği iddiası ile ilgili savlarının, peçe takan öğrencilerin derslerden yasaklanmalarının dayandığı 23 şubat 1998 tarihli genelge ile ilgisi olmadığını görmüştür. Söz konusu genelge, esas karar alma organlarının yetki verdikleri bir kişi olarak, Üniversitenin işleyişi ile ilgili idari ve bilimsel görünüşünü denetlemek ve izlemekten sorumlu Rektör tarafından çıkartılmıştır. Rektör genelgeyi, 2547 sayılı Kanunun 13.

maddesinde (bkz. yukarıda 52. paragraf) belirlenmiş olan düzenleyici çerçevenin sınırları içinde ve daha önce kabul edilmiş düzenleyici kurallara uygun olarak çıkartmıştır.

86. Başvurana göre, her ne kadar, genelge 2547 sayılı yasanın geçici 17. bölümü ile uyumlu olmasada, söz konusu bölüm İslami başörtüyü yasaklamadığı gibi ve düzenleyici bir hüküm için yasal bir zemin oluşturabilecek yürürlükte olan bir kanuni norm bulunmamaktadır.

87. Mahkeme, bu nedenle, 2547 sayılı Kanunun geçici 17. bölümünün, genelge için yasal bir zemin oluşturup oluşturmadığına karar vermelidir. Mahkeme, bu bağlamda, iç hukuku yorumlayıp uygulamanın yerel yetkililer, özellikle mahkemeler için öncelikli olduğunu anımsatır (bkz. Kruslin – Fransa, 24 Nisan 1990 tarihli karar, Seri A no. 176-A, s. 21-29) ve genelgenin hukuka aykırı olduğu yönündeki iddia reddedilirken, idare mahkemelerinin Danıştay ve Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına uyduğunu ekler (bkz. yukarıda 19. paragraf).

88. Ayrıca, Sözleşmenin 8'den 11'e kadar olan maddelerinde yer alan "hukuka uygun" ve "hukuken öngörülmüş" ifadeleri hakkında, Mahkeme "hukuk" kelimesini her zaman "bağımsız" anlamıyla, "resmi" anlamıyla değil, değerlendirdiğini; bunun, alt seviyedeki mevzuatın düzenlemelerini (De Wilde, Ooms ve Versyp – Belçika, 18 Haziran 1971 tarihli karar, Seri A no.12, s. 45-93), ve meclis tarafından kendilerine bağımsız kural koyma yet-

kisi verilen mesleki düzenleyici organlar tarafından alınan denetleyici önlemleride (Bartold – Almanya, 25 Mart 1985 tarihli karar, Seri A no.90, s. 21-46) içine alan "yazılı hukukü" ve yazılı olmayan hukuku kapsadığına dikkat etmiştir. "Hukuk" hem kanunla getirilmiş hukuku hemde hakimlerin yarattığı hukuku kapsayacak şekilde değerlendirilmelidir (bkz. diğer yetkiler arasında, Sunday Times – Birleşik Krallık (no.1), 26 Nisan 1979 tarihli karar, Seri A. no.30, s.30-47; Kruslin yukarıda bahsedildi, ceza bölümü 29; ve Caşado Coca – İspanya, 24 Şubat 1994 tarihli karar, Seri A no. 285-A, p.18-43). Özet olarak "kanun" yetkili mahkemelerin yorumladığı gibi yürürlükte olan düzenlemedir.

89. Dolayısıyla sorun sadece 2547 sayılı Kanunun geçici 17. bölümünde yazılı hususlarla değil ayrıca ilgili içtihatlar temelinde incelenmelidir.

Bu bağlamda anayasa Mahkemesinin 9 nisan 1991 tarihli kararında (bkz. yukarıda 41. paragraf) belirttiği gibi, söz konusu bölümün lafzı yükseköğretim kurumlarındaki kıyafet özgürlüğünün mutlak olmadığını göstermektedir. Söz konusu düzenlemenin maddelerinin ışığı altında, öğrenciler "seçimleri yürürlükteki hukukla ters düşmediği sürece" istedikleri gibi giyinmekte serbesttirler.

90. Uyuşmazlık bu nedenle yukarıda bahsedilen düzenlemedeki "yürürlükte olan kanun" ifadesinin anlamı ile ilgilidir.

91. Mahkeme, öngörülebilirlik kavramı kapsamının, önemli ölçüde sözkonusu belgenin içeriğine, kapsamı amaçlanan konuya ve hitap ettiği kişilerin sayı ve konumlarına bağlı olduğunu yineler. Ayrıca, akılda tutulmalıdır ki, bir yasal hüküm ne denli açık şekilde düzenlenmiş olsa da, her zaman duraksamalı noktaların açıklığa kavuşturulması ve yasanın özel durumlara adapte edilmesi ihtiyacı mevcut olacağından, yasanın uygulanması, önlenemez şekilde yargısal yorum gerektirecektir. Belirsiz olaylara ilişkin kuşku payı, tek başına, bir yasal hükmü uygulanışını öngörülemez kılmadığı gibi, salt böyle bir hükmün birden fazla biçimde yorumlanabileceği gerçeği de bu hükmün Sözleşme'nin amaçları için "öngörülebilirlik" koşulunu karşılayamaması anlamına gelmez. Mahkemelelerin yetkili olduğu hüküm verme görevi, tam olarak, gündelik uygulamadaki değişiklikleri gözönüne alarak, böyle yoruma açık kuşkuları dağıtmaktır (*yukarıda anılan karar, Gorzelik ve Diğerleri*, § 65).

92. Mahkeme, bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin daha önce ki kararında "yürürlükte olan kanun" deyiminin zorunlu olarak Anayasa'yi de kapsadığına karar verdiğini ekler. Karar ayrıca, öğrencilerin üniversitelerde "dini inançlar nedeniyle boyun ve saçlarını bir peçe veya başörtü ile kapatmaları"na izin verilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu açıklığa kavuşturmuştur. (*bkz. yukarıda 41. paragraf*).

93. Anayasa Mahkemesinin bağlayıcı (*bkz. yukarıda 29 ve 54. paragraflar*) ve herkese açık olan bu görüşü, 31 Temmuz 1991 tarih-

li Resmi Gazete'de yayımlandığı şekilde, geçici 17. bölümün metnini tamamlamış ve Anayasa Mahkemesinin daha önceki içtihatlarını da izlemiştir (*bkz. yukarıda 39. paragraf*). Ek olarak, Danıştay belli bir dönem, sonrasında sürekli olarak, başörtüsünün temel ilkelere ve kadınların özgürlüklerine aykırı bir görüşün sembolü olma yolunda ilerlemesinden dolayı, üniversitelerde türban takılmasının Cumhuriyetin temel ilkeleri ile uyuşmadığına karar vermiştir (*bkz. yukarıda 37. paragraf*).

94. Başvuranın, kanun koyucunun hiç bir aşamada başörtüsü takılmasına ilişkin bir yasak getirmediği yönündeki iddiasına karşılık olarak Mahkeme, davalı Devletin kanun koyucusu tarafından belli bir alanı düzenlemek için seçilen yöntemin uygunluğu konusunda fikir beyan etmenin kendi görevi olmadığını yineler. Mahkemenin görevi kabul edilen yöntemlerin ve neden oldukları etkilerin Sözleşmeyle uyum içerisinde olup olmadığını araştırmaktır (*Gorzelik ve Diğerleri, karardan yukarıda 65. paragrafda bahsedildi*).

95. Ayrıca, farklı derslerin özellikleri ve içeriklerini gözünde tutmayı tercih eden, İstanbul Üniversitesinin veya diğer üniversitelerin her durumda belli bir kuralı -*bu örnekte 2547 sayılı yasanın geçici 17. bölümünün ilgili içtihatlar ışığında değerlendirilmesi*- uygulamayabilecekleri gerçeği tek başına o kuralı öngörülemez kılmaz. Türk Anayasal sisteminde, üniversite yetkilileri hiçbir durumda kanuni bir temeli olmaksızın temel haklar ile ilgili bir sınırlama getiremezler (*bkz. Anaya-*

sanın 13. maddesi- yukarıda 29. paragraf). Bunların rolü, ilgili eğitim kurumunun kanunlara uygunluk gerektiren ve idari mahkemelerin inceleme yetkilerine bağlı olan iç kurallarını yaratmakla sınırlıdır.

96. Ek olarak, Mahkeme üniversitelerin iç kuralları gibi konularda çok büyük dikkat ile kanunların meydana getirilmesinin zor olduğunu ve dar düzenlemenin uygun olmayabileceğini kanıtlayabileceğini kabul etmektedir (bkz. *gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, Gorzelik ve Diğerleri, karardan yukarıda 65. paragrafda bahsedildi*).

97. Keza, İstanbul Üniversitesi'nde türban takılması ile ilgili düzenlemelerin 1994 yılından beri, başvuran kaydolmadan çok önce, mevcut olduğu şüphe götürmez bir gerçektir (bkz. yukarıda 43 ve 45. paragraflar).

98. Bu koşullarda, Mahkeme, ilgili yerel mahkeme içtihatları ışığında değerlendirilen 2547 sayılı kanunun geçici 17. bölümünün, müdahalenin Türk hukukundaki yasal zeminini oluşturduğuna karar vermiştir. Kanun ayrıca herkes tarafından erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gereksinimini karşılamak için yeterli derecede kesin olarak değerlendirilebilir. Başvuran açısından, İstanbul Üniversitesine girdiği andan itibaren, üniversite binalarında türban takılmasına ilişkin kısıtlamalar olduğu ve 23 Şubat 1998'den itibaren, aynı şekilde davranırsa derslere ve sınavlara katılmasının reddedilmesinin olası olduğu açıktır.

3. Yasal amaç

99. Davanın şartları ve yerel mahkemelerin kararlarına bağlı

olarak, Mahkeme aleyhteki müdahalenin diğer kişilerin hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin korunmasına ki taraflar arasında tartışma konusu değildir, yönelik yasal amaçların devamı olduğunu kabul etmiştir.

4. "Demokratik bir toplumda gerekli olma"

(a) Tarafların Büyük Daire önündeki sunumları

(i) Başvuran

100. Başvuran Mahkemenin bulgularına itiraz etmiştir. 27 Eylül 2004 tarihli mütalaalarında ve duruşmadaki sözlü sunumlarında, "demokrasi" ve "cumhuriyet" kavramlarının aynı olmadığını söylemiştir. Bir çok totaliter rejim "cumhuriyet" olarak kabul edilse de, sadece gerçek bir demokrasi çoğulculuğun ilkeleri ve geniş görüşlülük temellerine dayanabilir. Türkiye'de ki yargısal sistemin ve üniversite sisteminin yapısı ordu tarafından 1960, 1971 ve 1980 de yapılan başarılı darbeler yolu ile saptanabilir. Mahkemenin içtihatları ve Avrupa'nın birçok ülkesinde kabul edilen uygulamaya dayanarak, başvuran ek olarak Sözleşmeciler Devletlere öğrencilerin kıyafetlerini düzenleme konusunda geniş bir takdir hakkı verilmediğini belirtmiştir. Hiç bir Avrupa Devletinin öğrencilerin üniversitelerde türban takmasını yasaklamadığını açıklamış ve yüksek öğretim kurumlarında bu tarz radikal bir önlemleri haklı çıkartacak bir gerilimin olmadığını eklemiştir.

101. Başvuran ek olarak yukarıda bahsedilen mütalaalarında öğrencilerin, tam hukuki ehliyetten yara-

lanan ve kendileri için doğru olan sonuca karar verebilen yetişkinleri anladıklarını açıklamıştır. Sonuç olarak, türban takmak ile, diğerlerinin inançlarına saygı göstermediği veya öğrenci arkadaşlarını etkilemek gibi bir bakış açısı olduğu ve onların haklarını ve özgürlüklerini gözardı ettiği yönündeki iddianın tamamıyla asılsızdır. Devletin yetkisi veya desteği ile herhangi bir özgürlük üzerinde bir dış kısıtlama yaratmamıştır. Seçimi, kendisine çoğulcu ve liberal demokrsi tarafından verilen en önemli temel hak olan dini inanca dayanmaktadır. Kendisine göre, insanların uyuğun olduğunu düşündükleri kısıtlamalara uymalarında özgür olmaları tartışılmaz. Bütün dinlerin kıyafetle ilgili, insanların uyup uymamayı seçmekte serbest oldukları, böylesi kısıtlamalar getirmiş olması nedeniyle, ayrıca, sadece türban takmanın erkekler ve kadınlar arasındaki eşitlik ilkesine ters düşüğünü söylemek adil değildir.

102. Bunun aksine, 27 Ocak 2005 tarihli mütalaalarında, başvuran, İslami Başörtü takmanın her zaman din özgürlüğü tarafından korunmayacağını kabul edebileceğini söylemiştir (bkz. yukarıda 73. paragraf).

(ii) Hükümet

103. Hükümet Dairenin kararına uymaktadır (bkz. yukarıda 71. paragraf)

(b) Mahkemenin değerlendirmesi

(i) Genel ilkeler

104. Mahkeme, 9. maddede belirlendiği gibi, düşünce, inanç ve din özgürlüğü, Sözleşme anlamında, "demokratik toplum"un temelle-

rinden birdir. Bu özgürlük, dini açıdan, inananların kimliğini ve hayat tarzlarını yaratacak olan temel unsurlardan bir tanesidir, ancak ayrıca ateistler, agnostikler, şüpheciler ve ilgisi bulunmayanlar açısından da önemli bir değerdir. Yüzyıllar sonunda büyük bedeller ödenerek kazanılmış, demokratik toplumdan ayrı olan çoğulculuk, bu özgürlüğe dayanmaktadır. Bu özgürlük, diğerlerinin yanı sıra, özgürlüğün bini inanışları içerip içermemesini veya bir dini uygulayıp uygulamamayı gerektirmektedir (bkz. *diğer içtihatlar arasında, Kokkinakis – Yunanistan*, 25 Mart 1993, Seri A no.260-A, p.17-3; ve *Buscarini ve Diğerleri – San Marino [BD]*, no.24645/94, 34, AİHM 1999-I)

105. Din özgürlüğü esas olarak bireysel inançla ilgili bir konu olsada, aynı zamanda, diğerlerinin yanı sıra, tek başına ve gizli olarak veya bir topluluk içinde, halka açık yerlerde veya aynı inancı paylaşanlar içerisinde dinini açıklama özgürlüğü anlamına da gelir. 9. maddede bir kişinin öğretme, uygulama ve uyma, yani ibadet, anlamına gelecek olan dinini veya inancını açıklama yöntemlerinin çeşitli şekillerini sıralamıştır (bkz., *gerekli değişikliklerin ardından, Cha'are Shalom Ve Tsedek – Fransa [BD]*, no. 27417/95, 73, AİHM 2000-VII)

9. madde bir din veya inanıştan kaynaklanan veya esinlenen her hareketi korumamaktadır (bkz. *diğer içtihatlar arasında, Kalaç – Türkiye*, 1 Temmuz 1997 tarihli karar, *Kararlar ve Görüşler Tutanakları* 1997-IV, s. 1209, 27; *Arrowsmith – Birleşik Krallık*, no. 7050/75, 12

Ekim 1978 tarihli Komisyon Kararı Kararlar ve Raporlar (KR) 19, s. 5; Ç. – Birleşik Krallık, no.10358/83, 15 Aralık 1983 tarihli Komisyon kararı KR 37, s. 142; ve Tepeli ve Diğerleri – Türkiye (karar), no.31876/96, 11 Eylül 2001).

106. Aynı ve tek bir nüfus içerisinde çeşitli dinleri bir arada varolduğu, demokratik toplumlarda, çeşitli grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inancına saygı gösterilmesini temin etmek amacıyla, dini veya inancı açıklama özgürlüğüne kısıtlama getirilmesi gerekebilir (Kokkinakis, yukarıda bahsedildi, s. 18, 33). Bu hem 9. maddenin 2. bendi ve hem de yargılama yetkisi altındaki herkesin konvansiyonda tanımlanan hak ve özgürlüklerini garanti altına alma hükmünü içeren Sözleşmenin 1. maddesi anlamında Devlet'in yüklendiği sorumluluktan kaynaklanmaktadır.

107. Mahkeme Devletin çeşitli dinlerin, inançların ve inanışların tatbikini düzenlemek şeklindeki doğal ve tarafsız rolünü sıklıkla vurgulamış ve bu rolün demokratik bir toplumda ki toplum düzeni, dinsel uyum ve hoşgörüye vesile olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, Devletin tarafsızlık görevinin, dini inanışların meşruluğunu veya söz konusu inanışların açıklanma şekillerini belirleme yetkileri ile uyuşmayacağını (bkz. Manoussakis ve Diğerleri – Yunanistan, 26 Eylül 1996 tarihli karar, Tutanaklar 1996-IV, s. 1365, 47; Hassan ve Tchaouch – Bulgaristan [BD], no. 30985/96, 78, AİHM 2000-XI; Refah Partisi ve Diğerleri – Türkiye, ka-

rardan yukarıda bahsedildi, 91) ve Devletin karşıt gruplar arasında karşılıklı hoşgörüü sağlamsı gerektiğini (Türkiye Komünist Partisi ve Diğerleri – Türkiye, 30 Ocak 1998 tarihli karar, Tutanaklar 1998-I. 57) düşünmektedir. Buna uygun olarak, yetkililerin rolü, söz konusu durumlarda gerilimin nedenlerini, çoğulculuğu ortadan kaldırarak, yok etmek değil, karşıt grupların birbirlerini hoşgörmelerini sağlamaktır (Şerif – Yunanistan, no. 38178/97, 53, AİHM 1999-IX).

108. Çoğulculuk, hoşgörü ve geniş görüşlülük "demokratik bir toplum"un kalitesinin göstergesidir. Her ne kadar bireysel çıkarlar belli durumlarda, bir grubun çıkarlarına tabi kılınmalıysa da, demokrasi basitçe bir çoğunluğun görüşünün her zaman üstün olacağı anlamına gelmez: azınlığa mensup kişilere adil ve uygun davranışların sergilendiği ve egemen güçlerin sustimal edilmesinin engellendiği bir denge oluşturulmalıdır (bkz. gerekli değişikliklerin ardından, Young, James ve Webster – Birleşik Krallık, 13 Ağustos 1981 tarihli karar, Seri A no.44, s.25, 63; ve Chassagnou ve Diğerleri – Fransa [BD], no.25088/94, 283443/95, 112, AİHM 1999-III). Çoğulculuk ve demokrasi ayrıca, diyalog ve zorunlu olarak bireylerin bir bölümüne veya bireysel gruplara demokratik toplumun ideal ve değerlerini korumak ve yüceltmek amacıyla çeşitli ayrıcalıklar verimesini gerektiren uzlaşma ruhu temellerine dayanmalıdır (bkz. gerekli değişikliklerin ardından, Türkiye Komünist Partisi ve Diğerleri, karardan yukarıda

bahsedildi, s. 21-22, 45; ve Refah Partisi ve Diğerleri, karardan yukarıda bahsedildi, 99). Bu “hak ve özgürlükler” diğerleriyle birlikte Konvansiyon veya Protokolle garanti altına alındığı halde, kabul edilmelidir ki bunların korunması gerekliliği Devletleri Konvansiyonda düzenlendiği gibi diğer hak ve özgürlüklere kısıtlama getirilmesi yoluna götürmektedir. Bu kesinlikle “demokratik toplum”un temellerini oluşturan bireylerin temel özgürlükleri arasında devamlı bir denge arayışıdır (*Chassagnou ve Diğerleri, karardan yukarıda bahsedildi, 113).*

109. Devlet ile din arasındaki ilişki ile ilgili, demokratik bir toplumda üzerinde oldukça farklı görüşlerin olacağı, sorunların tehlike de olduğu durumlarda, ulusal kararalma organının rolüne ayrı bir önem verilmelidir (*bkz. gerekli değişikliklerin ardından, Cha'are Shalom Ve Tsedek, yukarıda bahsedildi, 84; ve Wingrove – Birleşik Krallık, 25 Kasım 1996 tarihli karar, Tutanaklar 1996-V, s. 1958, 58).* Bu özellikle konu eğitim kurumlarında dini sembollerin giyilmesinin düzenlenmesine geldiğinde, bilhassa (*karşılaştırmalı hukukun gösterdiği gibi – bkz. 55-66. paragraflar*) konu ile ilgili ulusal yetkililerin yaklaşımlarının farklılığı durumunda, dikkat edilmesi gereken bir durumdur. Avrupanın hertarafında dinin manası ile ilgili tek bir görüş seçmek mümkün değildir ve bir dini inanisin toplumsal ifadesinin anlam ve etkisi zaman ve şartlara göre değişiklik gösterecektir (*bkz. diğer yetkiler arasında, Dahlab-İsviçre no. 42393/98, AİHM 2001-V).* Bu

alan ile ilgili kurallar bir toplumdan diğerine, ulusal gelenekler ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerin korunması ve toplum düzeninin sağlanması gerekliliği ile belirlenmiş gereksinimlere bağlı olarak, çeşitlilik gösterecektir (*bkz. gerekli değişikliklerin ardından, Wingrove, karardan yukarıda bahsedildi, p. 1957, 57).* Aynı şekilde, bu tarz düzenlemelerin kapsam ve şekli, kaçınılmaz olarak, Devlet tarafından kararlaştırılacak bir noktada kalmalıdır (*bkz. gerekli değişikliklerin ardından, Gorzelik, karardan yukarıda bahsedildi, 67; ve Murphy-İrlanda, no. 44179/98,73, AİHM 2003-XI (özet)).*

110. Söz konusu uygunluk oranı, kanunları ve bunların uygulayan kararları kapsayan Avrupaya ait bir denetim ile birlikte ilerlemektedir. Mahkemenin görevi ulusal seviyede alınan önlemlerin ilkelere açısından adil ve orantılı olup olmadığını incelemektir. Mevcut davadaki uygunluk oranının kapsamının belirlenmesinde, Mahkeme neyin tehlike olduğunu, yani diğerlerinin haklarının ve özgürlüklerinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve toplumsal barışın ve demokratik toplumun ayakta kalabilmesi için zorunlu olan gerçek dini çoğulculuğun güvenlik altına alınması ihtiyacını gözönünde tutmalıdır (*bkz. gerekli değişikliklerin ardından Kokkinakis, karardan yukarıda bahsedildi, 31; Manoussakis ve Diğerleri, karardan yukarıda bahsedildi, s. 1364, 44; ve Caşado Coca, karardan yukarıda bahsedildi, 55).*

111. Mahkeme ayrıca, Karaduman – Türkiye (no.16278/90, 3 Mayıs 1993 tarihli Komisyon kararı, DR 74, s.93) ve Dahlab – İsviçre (no. 42393/98, AİHM 2001 –V) kararlarında Konvansiyon kurumlarının demokratik bir toplumda Devletin, eğer diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması amacıyla ters düşerse türban ile ilgili sınırlamalar getirme hakkı olduğuna karar verdiğini, ekler. Karaduman davasında, köktendinci hareketlerin dinlerini uygulamayan veya başka bir dine mensup olan öğrenciler üzerinde baskı oluşturmalarını önlemek için üniversitelerde alınan önlemler Sözleşmenin 9-2 maddesi anlamında adil bulunmuştur. Sonuç olarak, yüksek öğretim kurumlarının çeşitli inanışlara sahip öğrenciler arasında barışçıl yardımlaşmanın sağlanması ve böylece kamu düzeninin ve diğerlerinin inançlarının korunması amacıyla, bir dinin sembollerinin açıklanmasını ve dini törenlerin yapılmasını söz konusu açıklamaların yeri ve şekli ile ilgili sınırlamalar getirmek suretiyle düzenleyebileceği saptanmıştır (bkz, *diğer yetkiler ile birlikte, Refah Partisi ve Diğerleri, karardan yukarıda bahsedildi*, 95). Küçük çocuklardan oluşan bir sınıfın öğretmeni ile ilgili Dahlab davasında, Mahkeme, diğer konuların yanı sıra öğretmenin başörtüsü takmasının temsil ettiği “*güçlü dış sembol*” üzerinde durmuş ve cinsiyet eşitliği ilkesiyle bağdaştırılması zor olan dini davranış kuralı kadınlar başörtüsü takma zorunluluğu getirmiş olduğuna göre,

bunun bir tür başkalarını dini inançından vazgeçirme etkisi oluşturup oluşturmayacağını sorgulamıştır. Mahkeme ayrıca, türban takmanın hoşgörü mesajı, diğerlerine saygı ve, hepsinin üzerinde, eşitlik ve demokratik bir toplumdaki bütün öğretmenlerin öğrencilerine aktarmaları gereken ayrımcılık yapmama ilkesi ile çok kolay uyusmayacağını eklemiştir

(ii) Yukarıdaki ilkelerin mevcut davaya uygulanması

112. Sn. Şahin gibi öğrencilerin üniversite binlerinde İslami başörtü takma haklarına yer ve şekil bakımından kısıtlamalar getiren 23 Şubat 1998 tarihli genelgeden kaynaklanan uygulamadaki müdahale, Türk mahkemelerine göre (bkz 37, 39, 41. paragraflar), Özellikle laiklik ve eşitlik ilkelerine dayanmaktadır.

113. 7 Mart 1989 tarihli kararında, Anayasa Mahkemesi, demokratik değerlerin garantisi olarak laiklik, eşitlik ve özgürlüğün buluşma noktası olduğunu belirtmiştir. Bu ilke Devletin belli bir din veya inanisa öncelik vermesini önler, böylece Devlete tarafsız hakem rolünde yol gösterir ve zorunlu olarak din ve inanç özgürlüğünü gerektirir. Ayrıca bireyi sadece Devletin ihtiyarı müdahalelerinden değil aynı zamanda radikal hareketlerin dış baskılarından da korumaya hizmet eder. Anayasa Mahkemesi bir kişinin dinini açıklama özgürlüğü, söz konusu değerler ve ilkelerin savunulması amacıyla yasaklanabileceğini eklemiştir (bkz. *yukarıda 39.paragraf*).

114. Dairenin doğru şekilde belirttiği gibi, Mahkeme laiklik kavramının Konvansiyonu destekleyen değerler ile uyumlu olmasını gözetmektedir. Mahkeme, Türk Devletinin kuşkusuz, hukuk kuralları ve insan hakları ile uyum içerisinde olan temel ilkelerinden birisi olan bu ilkenin muhafaza edilmesinin, Türkiye'nin demokratik sisteminin korunması için gerekli olduğunun gözetilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu ilkeye saygı göstermeyen bir yaklaşım, zorunlu olarak, bir kimsenin dinini açıklama özgürlüğü ile korunuyormuş gibi kabul edilemeyecektir ve Sözleşmenin 9. maddesinin korumasından da faydalanamayacaktır (bkz. Refah Partisi ve Diğerleri, karardan yukarıda bahsedildi, 93).

115. Tarafların iddialarının incelenmesinin ardından, Büyük Daire Dairenin aşağıda belirtilen yaklaşımının (bkz. Daire kararının 107-109. paragrafları) dışına çıkmak çıkmak için geçerli bir neden görememiştir.

“... Mahkeme... kadın haklarının korunması ile ilgili Türk anayasal yapısında yer alan vurgulamayı kaydeder... Cinsiyet eşitliği – Avrupa Mahkemesi tarafından Konvansiyonu oluşturan önemli prensiplerden birisi olarak ve Avrupa Konseyine üye devletler tarafından başarılması gereken bir hedef olarak kabul edilmiştir (bkz, diğer yetkilerle birlikte, Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı – Birleşik Krallık, 28 Mayıs 1985 tarihli karar, Seri A no. 77, p.38, 78; Schöler- Zgrassen – İsviçre, 24 Haziran 1993 tarihli karar, Seri A no. 263, s. 21-22, 67; Burg-

harz – İsviçre, 22 Şubat 1994 tarihli karar, Seri A no.280-B, p.29, 27; Van Raalte – Hollanda, 21 Şubat 1997 tarihli karar, Tutanaklar 1997-I, p.186, 39, ve Petrovic –Avusturya, 27 Mart 1998 tarihli karar, Tutanaklar 1998-II, p.587. 37) – Türk Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasayı oluşturan değerlerde ima edilen bir ilke olarak kabul edilmiştir...”

.... Ek olarak, Anayasa Mahkemesi gibi, Mahkemede, Türkiye'nin şartları ve çevresi açısından türban sorunu ele alınırken, zorunlu dini bir görev olarak sunulan veya kabul edilen bu tarz bir sembolün giyilmesinin etkisinin, bunu giymemeyi seçenler üzerinde olacağının gözönünde tutulması gerektiğini düşünmektedir. Daha önce kaydedildiği gibi (bkz. Karaduman, karardan yukarıda bashedildi; ve Refah Partisi ve Diğerleri, yukarıda bahsedildi, 95), nüfusun çoğunluğunun kadın haklarına büyük bir bağlılık ve laik bir yaşam tarzı sürüdürken İslami inanca da bağlı olan bir ülkede, tehlikede olan konular “diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin” korunması ve “kamu düzeninin muhafaza edilmesi”ni içermektedir. Bu alandaki özgürlüğe uygulanan kısıtlamalar, bu sebeple, Türk Mahkemelerinin de belirttiği gibi, özellikle bu dini sembolün Türkiye’de son yıllarda siyasi önem kazanmasından beri ... , yukarıdaki iki yasal amaca erişmek için bir toplumsal ihtiyacın karşılanması olarak görülebilir.

.... Mahkeme, Türkiye de kendi dini sembollerini ve dini kurallara göre kurulmuş bir toplum fikrini topluma empoze etmeyi amaçlayan radikal politik hareketler olduğu ger-

çeğini gözardı etmemektedir... Mahkeme daha önce, her Sözleşmeci Devletin Sözleşmenin düzenlemelerine uygun olarak, kendi geçmiş tecrübeleri temelinde, bu şekildeki politik hareketlere karşı bir tutum takılabileceğini belirtmiştir (Refah Partisi ve Diğerleri, yukarıda bahsedildi, 124). İlgili düzenlemeler bu açıdan incelenmeli ve yukarıda atıfta bulunulan yasal amaçları gerçekleştirmek ve böylece üniversitede çoğulculuğun korunması amacıyla bir önlem oluşturmalıdır.”

116. Yukarıda anlatılan gelişmeler göz önünde tutulduğunda, Anayasa Mahkemesince açıklandığı gibi (bkz. yukarıda 39. paragraf) üniversitelerde dini sembollerin giyilmesi ile ilgili yasağın temelini oluşturan temel düşünce laiklik ilkesidir. Laikliğin değerlerinin, diğerlerinin haklarına saygının ve özellikle, kadın ve erkeklerin kanun önünde eşitliğin öğretildiği ve uygulandığı bir durumda, ilgili makamların bahsedilen kurumun laik yapısını korumak istemeleri ve bu nedenle mevcut davada olduğu gibi İslami başörtü gibi dini kıyafetlerin giyilmesine izin verilmesinin söz konusu değerlerle zıt düşeceğini düşünmeleri anlaşılabilir bir durumdur.

117. Mahkeme şu an, mevcut davada müdahale ile amaçlanan yasal amaçlar ile kullanılan anlamı arasında ölçülülük ilişkisinin olup olmadığını belirlemelidir.

118. Daire ile aynı şekilde (bkz. Daire kararının 111. paragrafı), Büyük Daire Türk üniversitelerindeki Müslüman öğrencilerin Müslümanlık inancının yerleşmiş şekline uygun olarak, eğitimle ilgili teşkilata ilişkin kısıtlamalarla belirle-

nen sınırlar içerisinde, dinlerini açıklamakta serbest olduklarını hemen başında belirtmiştir. Ek olarak, İstanbul Üniversitesince kabul edilen 9 Haziran 1998 tarihli düzenleme, dini giysilerin diğer çeşitli biçimlerinin de üniversite binalarında yasaklandığını göstermektedir (bkz. yukarıda 47. paragraf).

119. Öğrencilerin İslami başörtü takmalarına izin verilip verilmeyeceği konusu İstanbul Üniversitesinde 1994 yılında tıbbi eğitim ile bağlantılı olarak ortaya çıktığı zaman, Rektörün öğrencilere kıyafet ile ilgili kuralları hatırlattığı da ayrıca eklenmelidir. Üniversite binalarının her yerinde İslami Başörtü takılmasına izin verilmesi için yapılan çağrıların yanlış anlaşıldığı ve tıbbi eğitime uygulanabilecek kamu düzeni kısıtlamalarına işaret ettiğini savunan Rektör, öğrencilerden yasal düzenlemeler ve yüksek mahkemelerin içtihatlarına uygun olan kurallara uygun davranmalarını istemiştir (bkz. yukarıda 43-44. paragraflar).

120. Ayrıca, 9 Temmuz 1998 tarihli karara dayanak teşkil eden düzenlemelerin gerçekleştirildiği süreç birkaç yıl sürmüş ve Türk toplumu ile öğretmenler arasında geniş bir tartışmayı beraberinde getirmiştir (bkz. yukarıda 35. paragraf). İki yüksek mahkeme, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi, bu konu ile ilgili yerleşik içtihatlar oluşturmaya çalışmıştır (bkz. yukarıda 37,39 ve 41. paragraflar). Söz konusu karar alma sürecinin her bölümünde üniversite yetkilileri gelişen durumlara, ilgililerle sürdürülen diyalogun ardından, aynı zamanda düzenin sürdürülmesini ve özellikle tartışılan derslerin doğası-

nın getirdiği gereksinimlere uyulmasını temin ederek, peçe takan öğrencilerin üniversiteye girişlerine izin veren bir yöntem ile uyum sağlamaya çabalamaktadır.

121. Bu bağlamda, Mahkeme başvuranın kıyafet yönetmeliğine uyulmamasına ilişkin herhangi bir disiplin cezası olmamasının, herhangi bir kural bulunmadığı anlamına geleceği yönündeki görüşlerini (bkz. yukarıda 81. paragraf) kabul etmemiştir. İç hukuk kuralları ile uyumun nasıl sağlanacağı ile ilgili üniversite makamlarının görüşünü değiştirmek Mahkemenin görevi değildir. Eğitim camiası ile doğrudan ve devamlı ilişkileri nedeniyle, üniversite makamları ilke olarak, yerel ihtiyaçları ve koşulları veya belli bir konunun gerektirdiklerini uluslararası bir mahkemeden daha iyi belirleyeceklerdir (bkz. gerekli değişikliklerin ardından, Valsamış – Yuanistan, 18 Aralık 1996 tarihli karar, Tutanaklar 1996-VI, p. 2325, 32). Ayrıca, düzenlemenin yasal bir amaç taşıdığına karar veren Mahkeme, kurumun “iç kuralları” kavramını anlamsız kılacak bir şekilde ölçülülük kriterini uygulamaz. 9. Madde dini bir inanç ile yönetilen bir biçimde davranma hakkını her zaman korumaz (Picton ve Sajous – Fransa (karar), no. 49853/99, AİHM 2001-X) ve adil olduğu kanıtlanmış kurallara uymayan kişilere bir menfaat sağlamaz (bkz. yukarıda bahsedilen Valsamış kararına eklenen 6 Haziran 1995 tarihli rapor yer alan Komisyonun görüşü, 51).

122. Yukarıda anlatılanlar ışığında ve Sözleşmeciler Devletlerin bu çerçevedeki destek paylarını da göz önünde tutarak, Mahkeme yürür-

lükteki müdahalenin ilke açısından adil ve güdülen amaç ile orantılı olduğuna karar vermiştir.

123. Sonuç olarak, Sözleşmenin 9. maddesinin ihlali söz konusu değildir.

I. 1 NOLU PROTOKOLÜN 2. MADDESİNE AYKIRILIK SAVI

A. Bu yakınma ile ilgili ayrı bir incelemenin gerekli olup olmadığı

1. Yanların sunumları

124. Mahkeme, başvuranın Daire önünde Sözleşmenin çeşitli hükümlerine (8, 10, 14 maddeler ile 1 nolu Protokolün 2. maddesi) dayanıyor olsa da, temel iddiası Sözleşmenin 9. maddesinin ihlalinin söz konusu olduğudur. Temyiz isteminde, Başvuran Büyük Daireden Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 14. maddeleri ile 1 nolu Protokolün 2. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesini talep etmiştir. 10. maddeyle ilgili herhangi yasal görüş bildirmemiştir.

125. 27 Ocak 2005 tarihli yazılı savunmasında, ancak başvuran 23 Şubat 1998 tarihli düzenlemelele ilişkin davasını daha önce Daire önünde sunduğu şekilden farklı bir şekilde sunar şekilde görünmektedir. Söz konusu savunmasında, “temel görüş olarak 1 nolu Protokolün 2 maddesinin ihlalini iddia etmiş ve Büyük Daireden buna uygun karar vermesini istemiştir.” Diğer hususların arasında, Mahkemeden “mevcut davadaki kapsamıyla Türban taktığı zaman Üniversiteye girişinin reddedilmesine ilişkin kararın, Sözleşmenin 8,9 ve 10. maddeleri ışığında değerlendirilen 1 nolu Protokolün 2. maddesi ile güvence altı-

na alınan eğitim hakkını ihlal ettiği-ne” karar vermesini talep etmiştir.

126. Hükümet 1 nolu Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesi ile ilgili herhangi bir ihlal olmadığını belirtmiştir.

2. Dairenin kararı

127. Daire, Sözleşmenin 8, 10 ve 14. maddeleri ile 1 nolu protokolün 2. maddesinden, başvuranın dayandığı hükümler, kaynaklanan ayrı bir sorun olmadığına, 9.madde ile bağlantılı olarak incelenen ve herhangi bir ihlal bulunmadığına karar verilen ilgili şartların aynı olduğuna karar vermiştir.

3. Mahkemenin Değerlendirmesi

128. Mahkeme artık yerleşik hale gelen içtihatlarına göre, Büyük Daire önüne gelen “dava”nın daha önce Daire kararıyla incelenen başvurunun zorunlu olarak bütün durumları kapsadığını, bu nedenle davanın Büyük Daire önüne sadece kısmı olarak gönderilmesi için yasal bir temel bulunmadığını gözlemlemiştir (*bkz. en yeni içtihatlar için, Cump_n_ ve Maz_re – Romania [BD], no. 33348/96, 66, AIHM 2004-...; ve K. ve T. – Finlandiya [BD], no. 25702/94, 140-141, AIHM 2001-VII*). Büyük Daire’ye gönderilen “dava” kabul edilebilir olarak ilan edilen başvurudur.

129. Mahkeme, eğitim hakkının temel önemi ve tarafların pozisyonları gibi, davanın özel şartlarında göz önünde tutularak, 9. madde’de olduğu gibi şikayetin özünün 23 Şubat 1998 tarihli düzenlemelerin tartışılması olduğu olgusuna rağmen, 1 nolu Protokolün 2. maddesine dayanan şikayet Sözleşmenin

9. maddesine dayanan şikayetten bağımsız olarak değerlendirilebileceğini düşünmektedir.

130. Sonuçta, Mahkeme bu yakınmayı bağımsız olarak değerlendirecektir (*bkz. gerekli değişikliklerin ardından, Göç – Türkiye [BD], no. 36590/97, 46, AIHM 2002-V*).

B. Uygulanabilirlik

131. Başvuran 1 nolu Protokolün 2. Maddesinin aşağıdaki ilk cümlesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir.

“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz.”

1. 1 nolu Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin kapsamı

(a) Yanların Büyük Daire önündeki sunumları

132. Başvuran 1 nolu Protokolün 2. maddesi ile güvence altına alınan eğitim hakkının, yüksek öğretim açısından da uygulanacağı konusunda bir şüphe olmadığını, çünkü bu düzenlemenin belli bir zamanda mevcut olan bütün kurumlara uygulanacağını söylemiştir.

133. Hükümet bu konu hakkında yorum yapmamıştır.

(b) Mahkemenin değerlendirmesi

134. 1 nolu Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesi hiç kimse-nin eğitim hakkından yoksun bırakılamayacağını düzenlemiştir. Her ne kadar, düzenleme yüksek öğretime bir atıfta bulunmasa da, bunun yüksek öğretimde içeren, eğitimin her seviyesine uygulanmaya-

çağı yönünde bir öneri söz konusu değildir.

135. Eğitim hakkının içeriği ve getirdiği yükümlülüklerin kapsamı bakımından, Mahkeme, “Belçika dili” davasında ((davanın esasına ilişkin) 23 Temmuz 1968 tarihli karar, Seri A no.6, p.31, 3): “ ‘Hazırlık çalışması’nda onaylandığı gibi, zıt düzenleme, Sözleşmeciler Tarafından, belli bir şekil veya belli bir seviyedeki eğitimi kendi adlarına belirlemelerini veya buna mali destek sağlamalarını gerektirecek tarzda bir eğitim hakkını tanımayacaklarını belirlemektedir. Ancak, bu düzenlemelerden, Devletin Protokolün 2. maddesi ile korunan böyle bir hakka saygı duyulmasını sağlamak gibi mutlak bir yükümlülüğü bulunmadığı şeklinde bir sonuç çıkartılamamaktadır. Sözleşmenin 1 maddesi ile, Sözleşmeciler devletin yargı alanı içerisinde herkes için var olan bir ‘hak’ olarak güvence altına alınmıştır” şeklinde bir karar verdiğini anımsatır.

136. Mahkeme, içeriği zamandan zamana veya mekandan mekana, ekonomik ve sosyal koşullara göre değişiklik gösteren eğitim hakkı konusundaki gelişmenin, temel olarak toplumun gereksinimleri ve kaynaklarına bağlı olduğu olgusunu gözardı etmemektedir. Ancak, Sözleşmenin, içinde yer alan hakları kuramsal ve aldatıcı değil, uygulanabilir ve geçerli kılacak bir biçimde yorumlanması ve uygulanması temel öneme sahiptir. Dahada fazlası Sözleşme içinde bulunan günün koşullarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir belgedir (Marckx-Belçika, 13 Haziran 1979

tarihli karar, Seri A no.31, p.19, 41; Airey-İrlanda, 9 Ekim 1979 tarihli karar, Seri A no.32, s. 14-15, 26; ve en yakın zamanlı hokum olarak; Mamatkülov ve Askarov-Türkiye [BD], no. 46827/99 ve 46951/99, 121, 4 Şubat 2005). 2. maddenin ilk cümlesi zorunlu olarak ilk ve orta öğretime girişi belirliyorsken, yüksek öğretimi eğitimin diğer biçimlerinden ayıran sıkı bir ayırım bulunmamaktadır. Daha önce kabul edilmiş bir takım belgelerde, Avrupa Konseyi, yüksek öğretimin insan haklarının ve temel özgürlüklerin gelişmesinde ve demokrasinin güçlenmesindeki kilit rolünü ve önemini vurgulamıştır (bkz, diğerlerinin yanı sıra, R (98) 3 nolu Tavsiye ve 1353 (1998) sayılı Tavsiye – yukarıda 68 ve 69. paragraflarda bahsedildi). Avrupa Bölgesinde Yüksek Öğretim ile ilgili Niteliklerin Tanınmasına ilişkin Konvansiyon (bkz yukarıda 67. paragraf) yüksek öğretimin ‘bilgiye ulaşma ve geliştirme konusunda yararlı bir araç’ olduğunu ve ‘hem bireyler hemde toplum için çok zengin kültürel ve bilimsel değer oluşturduğunu’ belirtmiştir.

137. Sonuç olarak, belli bir dönemde mevcut olan yüksek öğretim kurumlarının, 1 nolu Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin kapsamına girmediğini düşünmek çok zordur. Her ne kadar, söz konusu madde Sözleşmeciler Devletlere yüksek öğretim kurumları açmak gibi bir görev yüklemese de, bunu yapan her Devlet bu kurumlara girişi hakkını da karşılamak yükümlülüğü altına girecektir. Demokratik bir toplumda, insan haklarının devamı

için zorunlu olan eğitim hakkı, 1 nolu Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin sınırlayıcı yorumunun, düzenlemenin hedef ve amacıyla bağdaşmayacağı yönünde temel bir rol oynamaktadır (bkz. gerekli değişikliklerin ardından, Belçika dili davası, yukarıda bahsedildi, s. 26, 9; ve Delcrout – Belçika, 17 Ocak 1979 tarihli karar, Seri A no.11, p. 14, 25).

138. Bu yaklaşım, Komisyonun “Belçika Dili davası”nda ki, 1 nolu protokolün 2. maddesi ile korunan hakkın kapsamı Konvansiyon tarafından tanımlanmamış ve belirlenmemişse de, bu hakkın “mevcut davanın incelenmesi amacı”nı, “anaokuluna, ilkokul, orta ve yüksek öğretime giriş”i içerdiğini belirttiği 1965 gibi eski bir tarihteki raporuyla uyushmaktadır.

139. Mahkeme sonrasında bir seri kararında şunları gözlemlemiştir: “2. maddede öngörülen eğitim hakkı, esas olarak ilk öğretim ile ilgili olup, teknoloji gibi ileri seviyedeki eğitimler için zorunlu değildir” (X. – Birleşik Krallık, no.5962/72, 13 Mart 1975 sayılı komisyon kararı, DR 2, s. 50; ve Kramelius – İsveç, no.21062/92, 17 Şubat 1996 tarihli Komisyon kararı). Daha yeni davalarda, 1 nolu Protokolün 2. maddesinin üniversite eğitime de uygulanması için açık kapı bırakan Mahkeme, yüksek öğretim kurumlarına giriş ile ilgili bir takım kısıtlamaların meşruluğunu incelemiştir (bkz. yüksek öğretime giriş ile ilgili kısıtlamalar hususunda, X – Birleşik Krallık, no. 8844/80, 9 Aralık 1980 tarihli Komisyon kararı, DR 23, p.228; ve yüksek öğretim ku-

rumlarından ihraç ve uzaklaştırma hususunda, Yanaşık – Türkiye, no.14524/89, 6 Ocak 1993 tarihli Komisyon kararı, DR 74, p.14; ve Sulak – Türkiye, no.24515/94, 17 Ocak 1996 tarihli Komisyon kararı, DR 84, p. 98).

140. Kendi açısından, Mahkeme “Belçika Dili davası”nın ardından yüksek öğretim ile ilgili bir seri davayı, 1 nolu Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinden dolayı değil, ancak diğer nedenlerden kabul edilmez bulmuştur (bir üniversitenin giriş şartlarını karşılamayan özürü bir kişinin şikayeti, Lukach – Rusya (karar), no. 48041/99, 16 Kasım 1999; bir başvuranının, hukuk diploması için gerekli üniversite final sınavına hazırlanması ve katılımı için istenen iznin reddedilmesi; Georgiou – Yunanistan (karar), no. 45138/98, 13 Ocak 2000; ileri seviyedeki eğitimin geçerli bir tutuklama ve ceza nedeniyle kesilmesi, Durmaz ve Diğerleri – Türkiye (karar), no.46506/99, 4 Eylül 2001).

141. Yukarıda anlatılan bütün düşüncelerin ışığında, belli bir zamanda mevcut olan herhangi bir yüksek öğretim kurumu, 1 nolu Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin kapsamı içerisinde yer almaktadır, çünkü bu tarz kurumlara giriş hakkı söz konusu düzenlemeye yer alan hakkın ayrılmaz bir parçasıdır. Bu Sözleşmeciler Devletlere yeni yükümlülükler getiren geniş bir yorum değildir; bu kanun niteliğindeki bir akıt olan Sözleşmenin amaçının ışığında ve bu amaç kapsamında değerlendirilen 1 nolu Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin içeriğine dayanmak-

tadır (bkz, gerekli değişikliklerin ardından, Golder – Birleşik Krallık, 21 Şubat 1975 tarihli karar, Seri A no. 18, p. 18, 36).

142. Sonuç olarak, 1 nolu Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesi mevcut davaya uygulanabilir. Fakat uygulanma usulü, açıkça eğitim hakkının özel niteliklerine bağlıdır.

C. Davanın Esası

1. Yanların Büyük Daire önündeki sunumları

(a) Başvuran

143. Başvuran, kamu yetkililerince, kendisinin 12 Mart 1998 tarihindeki onkoloji sınavlarına katılımının reddedilmesi, 20 Mart 1998 tarihinde üniversitenin idarı bölümlerine kayıt yaptırmasının engellenmesi, 16 mart 1998 tarihindeki nöroloji ile ilgili bir derse ve 10 Haziran 1998 tarihindeki halk sağlığı ile ilgili yazılı bir sınava katılımının reddedilmesi sonucunu doğuran, İslami başörtü takma yasağın kendisinin eğitim hakkına açıkça bir müdahale oluşturduğunu beyan etmiştir.

144. Eğitim hakkının, doğası gereği, Devlet tarafından düzenleneceğini kabul etmektedir. Kendisine göre, düzenlemelerde kullanılacak kriterlerin Sözleşmenin 8 ve 11. maddeleri ile izin verilen müdahaleye uygulanacak olanlarla aynı olması gerekmektedir. Bu bağlamda, Türk iç hukukunda yüksek öğretimin takibini engelleyen herhangi bir düzenleme bulunmadığına işaret etmiş ve rektörlük mekanının

yürürlükte olan kanunlara göre başörtü takan öğrencilerin üniversiteye girişlerini reddetmek gibi bir yetkisi olmadığını söylemiştir.

145. Başvuran başörtü takmasına rağmen üniversiteye kayıt olmasının ve eğitimini olaysız şekilde dört buçuk sene takip etmesinin mümkün olduğunu söylemiştir. Bu nedenle üniversiteye kayıt olduğu sırada ve eğitimine devam ederken, birkaç sene sonra dershanelere girişinin olanaksız kılınabileceğini tahmin etmesini mümkün kılacak hiçbir iç hukuk kaynağı olmadığını belirtmiştir.

146. Kendisi ile ilgili olayda alınan tedbirlerin elde etmeye çalışılan amaçlar ile uyumadığını tekrarlarlarken, başvuran güvenli ve sakin bir ortamda eğitim sağlanmasına çalışılmasının yüksek öğretim kurumları açısından esas itibarıyla meşru olduğunu kabul etmiştir. Ancak, kendisine karşı herhangi bir disiplin soruşturması bulunmadığı gibi, başörtü takmasının hiç bir şekilde kamu düzenine halel getirmemekte veya diğerlerinin haklarını veya özgürlüklerini ihlal etmemektedir. Bunkara ilaveten, sunumunda, ilgili üniversite yetkililerinin kamu düzeninin sağlanmasını güvence altına alma tasarrufları konusunda disiplin soruşturması açma ve öğrencinin fiili ceza kanunu ihlal ediyorsa ihbarda bulunma gibi, elverişli vasıtları bulunmaktadır.

147. Başvuran, başörtüsünden vazgeçmesinin eğitimine devam etmesini şarta bağlı hale getir-

mesinin ve bu şarta uymaz ise eğitim kurumlarına girişinin reddedilmesinin, etkili ve bütünüyle haksız şekilde eğitim hakkının özünü ihlal ettiğini ve bu hakkını kullanılamaz hale getirdiğini belirtmiştir. Bu durum, inançlarıyla örtüşen bir şekilde Türkiye’de eğitimine devam etme imkanını yitirmiş, bütünüyle oturmuş bir kişiliğe, sosyal ve ahlaki değerlere sahip genç bir yetişkin olduğu olgusu ile birleştirilmektedir.

148. Bütün bu nedenlerle, başvuran davalı Devletin, geniş olabilse de, takdir hakkının sınırlarını aştığını ve Sözleşmenin 8, 9 ve 10. maddeleri ışığında değerlendirilen eğitim hakkını ihlal ettiğini beyan etmiştir.

b) Hükümet

149. Hükümet Mahkeme içti-hatlarına gönderme yaparak, Sözleşmeciler Devletler’in eğitim alanında düzenleme yapmada takdir hakkına sahip olduklarını hatırlatmaktadır.

150. Hükümet ayrıca başvuranın, başörtüsü taktığı Bursa Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde beş yıl eğitim gördükten sonra İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi’ne kaydolduğunu belirtmektedir. İstanbul Üniversitesi Rektörü, üniversitede başörtüsü takılmasını yasaklayan bir genelge yayınlamıştır. Bu yasak Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarına dayanmaktadır. Başvurudan ve Büyük Daire’ye gitme talebinden belli olduğu üzere, ilgili kişi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi’ne kayıt yaptırırken hiçbir engelle karşılaşmamıştır. Bu, başvuranın eğitim kurumlarına giriş

konusunda eşit muamele gördüğünü kanıtlamaktadır. 23 Şubat 1998 tarihli genelgenin uygulanması nedeniyle maruz kaldığı müdahale konusunda ise Hükümet, bunun adli mercilerin denetimine tabi olduğunu belirtmekle yetinmektedir.

151. Sonuç olarak Hükümet, Sözleşmeciler Devletler’e tanınan takdir payı dikkate alındığında, davaya konu sözkonusu düzenlemelerin Mahkeme içti-hatlarına aykırı olmadığını öne sürerek, Daire’nin kararının onanmasını talep etmektedir

2. Mahkeme’nin Değerlendirmesi

(a) Genel ilkeler

152. 1 nolu Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinde düzenlendiği şekliyle Eğitim hakkı, Sözleşmeciler Devletin yetki sınırları içerisindeki herkesin “belli bir zamanda mevcut bulunan eğitim kurumlarına girme hakkı”nı güvence altına alır, ancak bu tarz bir giriş eğitim hakkının sadece belli bir bölümünü oluşturmaktadır. Bu hakkın “etkili olabilmesi için, diğerlerinin yanı sıra bu haktan yararlanan bireyin her Devletin yürürlükte olan kurallarına uygun olarak, elde etme hakkı olarak adlandırılan, alınan eğitimden yarar sağlama imkanının olması, ve herhangi bir şekilde tamamladığı eğitimin resmi olarak tanınması gerekmektedir” (Belçika dili davası, karardan yukarıda bahsedildi, s. 30-32, 3-5; ayrıca bkz. Kjeldsen, busk Madsen ve Pedersen – Danimarka, 7 Aralık 1976 tarihli karar, Seri A no.23, s. 25-26, 52). Benzer şekilde, ifadede ima edilen “hiç bir

kimse....” ifadesi eğitim hakkının kullanılması sırasında bütün vatandaşlara eşit davranılması ilkesinin göstergesidir.

153. Herkesin temel hakkı olan eğitim, herhangi bir ayırım yapmaksızın, Devlet okullarında ve özel okullardaki öğrenciler açısından güvence altına alınmıştır (*Costello-Roberts – Birleşik Krallık*, 25 Mart 1993 tarihli karar, Seri A no.247-C, p. 58, 27).

154. Ancak önemine rağmen bu hak mutlak değildir, kısıtlamalara tabi olabilir; bu kısıtlamalara, giriş hakkının doğaşı gereği Devletin düzenlemelerini gerektirdiği için, zımnen izin verilmektedir (*Belçika dili davası, karardan yukarıda bahsedildi*, p.32, 5; ayrıca bkz. *gerekli değişikliklerin ardından, Golder, yukarıda bahsedildi*, s. 18-19, 38; *Fayed – Birleşik Krallık*, 21 Eylül 1994 tarihli karar, Seri A no. 294-B, s. 49-50, 65). Herkesçe kabul edildiği üzere, eğitim kurumlarına ilişkin düzenlemeler zamandan zamana ve mekandan mekana, diğerlerinin yanı sıra, toplumun ihtiyaç ve kaynaklarına ve eğitimin farklı seviyelerinin özel şartlarına göre değişiklik gösterebilir. Sonuç olarak, her ne kadar Sözleşmenin gerekliliklerinin belirlenmesine ilişkin son karar Mahkeme’nin olsa da, Sözleşmeciler Devletler bu bağlamda belli bir takdir yetkisinden yararlanmaktadırlar. Kısıtlamaların tartışılan hakkı, etkinliğini azaltacak ve özünü bozacak şekilde, daraltmaması için, Mahkemenin, sözü geçenlerin öngörülebilir olması ve yasal bir amaç taşıması açısından tatmin olması gerekmektedir.

dir. Ancak Sözleşmenin 8 ve 11. maddeleri ile ilgili durumun aksine, 1 nolu Protokolün 2. maddesine göre, bu hak ayrıntılı bir “yasal amaçlar” listesi ile sınırlandırılmamıştır (*bkz. gerekli değişikliklerin ardından, Podkolzina – Litvanya*, no.46726/99, 36, AİHM 2002-II). Dahada fazlası bir kısıtlama ancak kullanılan yöntem ile ulaşılmak istenen amaç arasında geçerli bir orantılılık ilişkisi varsa 1 nolu Protokolün 2. maddesine uygun olabilir.

155. Bu tarz kısıtlamalar ayrıca Konvansiyon ve Protokol ile değer kazandırılan diğer haklarla da çelişmemelidir (*Belçika dili davası, karardan yukarıda bahsedildi*, p.32, 5; *Campbell ve Coşans – Birleşik Krallık*, 25 Şubat 1982 tarihli karar, Seri A no.48, p.19, 41; ve *Yanaşık, yukarıda bahsedildi*). Konvansiyon ve Protokolün hükümleri bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Buna uygun olarak, 2. maddenin ilk cümlesi, uygun olduğu durumlarda Sözleşmenin 8,9 ve 10. maddeleri ışığında değerlendirilmelidir (*Kjeldsen, Buşk Madsen ve Pedersen, karardan yukarıda bahsedildi*, p.26, 52).

156. Eğitim hakkı esas itibarıyla, iç kurallara uymak amacıyla bir eğitim kurumundan uzaklaştırılmayı veya ihraç edilmeyi de içeren, disiplin tedbirlerini kapsam dışında bırakmamaktadır. Disiplin cezalarının uygulanması sürecin ayrılmaz bir parçasıdır ki bununla bir okul öğrencilerin karakterinin ve zihinsel güçlerinin oluşturulması ve geliştirilmesini de içeren kuruluş amaçlarını gerçekleştirmeyi

istemektedir (bkz., diğer kararların arasında, Campbell ve Coşan, karardan yukarıda bahsedildi, p.14, 33; bkz. ayrıca, bir harp okulu öğrencisinin askeri okuldan uzaklaştırılması ile ilgili olarak, Yanaşık, karardan yukarıda bahsedildi, ve bir öğrencinin hata nedeniyle ihracı hakkında, Sulak, yukarıda bahsedildi).

(b) İlkelerin mevcut davaya uygulanması

157. 9. maddeden kaynaklanan müdahalenin varlığı sorununun gerekçeleri ile birlikte karşılaştırılması ile, Mahkeme başvuranın İslami başörtü takmasından dolayı bazı derslere ve sınavlara girişinin reddedilmesinin dayandığı düzenlemelerin, üniversite giriş sınavında elde ettiği sonuçlara göre üniversiteye giriş hakkına sahip olduğu ve seçtiği bölümde okuyabileceği gerçeğine rağmen, kendisinin eğitim hakkına bir müdahale oluşturduğunu kabul edebilir. Ancak eğitim hakkının ışığında davanın analizi, bu bakımdan Mahkemenin 9. madde hakkında ulaştığı sonuçtan (bkz. Yukarıda 122. paragraf) ayrılamaz. Bu düzenlemeye göre ele alınan değerlendirmeler 1 nolu Protokolün 2. maddesine göre yapılan, 9. madde hakkındaki şikayet ile aynı şekli alan ilgili düzenlemenin eleştirilmesini içeren şikayete de uygulanabilir.

158. Bu bağlamda, Mahkeme zaten, düzenlemelerin ilgililer açısından öngörülebilir olduğuna ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması ve kamu düzenin sağlanması amaçlarına yönelik olduğuna karar vermiştir (bkz. yukarı-

da 98 ve 99. paragraflar). Düzenlemenin açık amacı eğitim kurumlarının laik karakterlerinin korunmasıdır.

159. Orantılılık ilkesi konusunda, Mahkeme yukarıdaki 118 ve 121. paragraflarda kullanılan araçlarla ulaşılmak istenen amaçlar arasında kabul edilebilir bir orantılılık ilişkisi olduğuna karar vermiştir. Hükümde, mahkeme özellikle açıkca burayı ilgilendiren şu hususlara dayanmıştır. İlk olarak, tartışılan tedbirler öğrencilerin dini geleneklerin alışılmış biçimleri ile düzenlenen görevleri yerine getirmelerine mani olmaz. İkinci olarak, karar verme süreci iç kuralların uygulanmasına yönelik karar verme süreci, tehlikede olan çeşitli menfaatleri değerlendirme gereksinimini mümkün olduğu kadar karşılamaktadır. Üniversite makamları, başörtü takan öğrencileri geri çevirmeyi önleyecek ve aynı zamanda diğerlerinin hakların ve eğitim sisteminin menfaatlerini koruma yükümlülüklerini karşılayacak bir yöntem araştırmışlardır. Son olarak, süreç öğrencilerin menfaatlerini koruma amacıyla kabul edilmiş teminatlar – mevzuat ve yargısal incelemenin onayını gerektiren kuralları ile birlikte hareket etmektedir (bkz. yukarıda 95. paragraf).

160. Daha da fazlası, başvuranın, tıp öğrencisi, dini kıyafetlerin giyilmesinin yasak olduğu yerleri düzenleyen İstanbul Üniversitesi'nin iç kurallarına tabi olmayacağını veya öğrencinin bu kısıtlamaların nedenleri hakkında yeteri kadar bilgilendirilmediğini düşünmek gerçek dışı olacaktır. 23 Subat

1998'den sonra, düzenli şekilde türban takmaya devam ettiği takdirde derslere ve sınavlara girişinin reddedilmesi riski ile karşılaşacağı- nı öngörebilirdi.

161. Sonuç olarak, tartışılan kısıtlama başvuranın eğitim hakkı- nın özünü etkilememektedir. Ek olarak, Mahkeme, başvuranın da- yandığı diğer maddeleri hakkındaki kararlarının ışığında (bkz. yukarıda 122 ve aşağıda 166. paragraflar), kısıtlamanın Konvansiyonda ve hem de Protokolde yer alan diğer haklarla çatışmadığını gözlemle- miştir.

162. Sonuçta, 1 nolu Protoko- lün 2. maddesinin ilk cümlesine ilişkin bir ihlal söz konusu değildir.

III. SÖZLEŞMENİN 8,10 VE 14 MADDELERİN AYKIRILIK SAAVI

163. Daha önce Daire önünde belirttiği gibi, başvuran aleyhine olan düzenlemenin özel hayata saygı hakkı ile ifade hakkını ihlal ettiğini ve ayırım yaratan bir düzen- leme olduğunu belirterek, Sözleş- menin 8, 10 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

164. Ancak Mahkeme, başvu- ran tarafından ileri sürülen iddiala- rın, Sözleşme'nin 9. maddesine ve 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesine dayandığı şikayetin yalnızca yeniden şekillendirilmesi olduğu ve Sözleşme'nin 8. veya 10. maddelerinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

165. 14. maddeye veya Sözleş- me'nin 9. maddesi veya 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ilk hük- mü ile birlikte 14. maddeye dayan- dırılan şikayete ilişkin olarak Mah-

keme, başvuranın Büyük Daire hu- zurunda sunduğu iddialarında ye- terli detaylara yer vermediğini be- lirtmiştir. Ayrıca, daha önce de be- lirtilmiş olduğu gibi (paragraflar 99 ve 158), İslami başörtüsü husu- sundaki yönetmelikler, başvuranın dini inancı aleyhinde olmayıp di- ğerlerinin yanında düzeni ve diğer kişilerin hak ve özgürlüklerini ko- rumaya ilişkin yasal amacı izle- mekte ve eğitim kurumlarının laik niteliğini muhafaza etmeyi amaçla- maktadır. Sonuç olarak, Mahke- me'nin Sözleşme'nin 9. maddesinin veya 1 No.lu Protokol'ün 2. madde- sinin ihlal edilmemiş olduğu sonu- cuna varmasına yol açan nedenler, tek başına veya yukarıda anılan hükümlerle birlikte 14. maddeye dayandırılan şikayet için de geçerli- dir.

166. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 8, 10 ve 14. maddelerinin ihlal edilmemiş olduğu kara- rını vermiştir.

SÖZ KONUSU GEREKÇELERLE, MAHKEME

1. Onaltıya karşı bir oyla, Söz-leşmenin 9. maddesine ilişkin bir ihlal olmadığına,

2. Onaltıya karşı bir oyla, 1 no- lu Protokol'ün 2. maddesinin ilk cümlesine ilişkin bir ihlal olmadığına,

3. Oybirliği ile, Sözleşmenin 8. maddesine ilişkin bir ihlal olmadığına,

4. Oybirliği ile, Sözleşmenin 10. maddesine ilişkin bir ihlal olmadığına,

5. Oybirliği ile, Sözleşmenin 14. maddesine ilişkin bir ihlal ol- madığına, karar vermiştir.

İngilizce ve Fransızca olarak hazırlanmış ve Strazburg'daki İnsan Hakları Binasında açık bir duruşmada 10 kasım 2005 tarihinde açıklanmıştır.

Luzius WILDHABER

Başkan

T.L. EARLY

Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Sözleşmenin 45-2. maddesi Mahkemenin 74-2. maddesine uygun olarak, aşağıdaki bağımsız görüşler, karara eklenmiştir.

(a) Sn. Rozakis ve Sn.Vaji_'in uyuşan bağımsız görüşü

(b) Sn. Tulkens'in karşı görüşü,

L.W.

T.L.E.

**YARGIÇLAR ROZAKİS VE
VAJI_'İN UYUŞAN ORTAK
GÖRÜŞÜ**

Mevcut davada, Sözleşmenin 9. maddesine ilişkin herhangi birihlal olmadığı yönündeki çoğunluk görüşüne katılıyoruz. Ayrıca, 1 nolu Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesine ilişkin bir ihla olmadığı yönündeki bulguya da, esas olarak, karar metninin iki bulgunun ayrılmasını zorlaştıracak şekilde hazırlanmış olması nedeniyle oy vermiş bulunuyoruz. Kararda belirtildiği gibi “..... madde bağlamında gözönünde bulundurulmuş görüşler, 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ilk hükmüne dayandırılan şikayet için de geçerli olduğundan ve ilgili mevzuatın eleştirisinden oluşan şikayet, 9. maddeye dayandırılan şikayet ile aynı olduğundan, davanın, eğitim hakkına atıfta bulunarak değerlendirilmesi, 9. maddeye dayanı-

larak verilen karardan ayrı ele alınmaz” (157)

Gerçekte, her ne kadar, Daire kararında yapıldığı üzere, davanın sadece 9. maddeye göre değerlendirilmesinin daha iyi olacağını düşüncesindeyiz. Gördüğümüz kadarıyla, Mahkeme önündeki esas mesele Devletin, başvuranın Üniversite de başörtü takma ve buna bağlı olarak, dini inançlarını açıklama hakkına müdahalesidir. Bu nedenle, davadaki temel sorun Sözleşmenin 9. maddesinde belirtildiği gibi başvuranın din özgürlüğüdür. Bu şartlarda, 9. madde davanın olgularını kapsayan açık bir lex specialis'dir ve başvuranın 1 nolu Protokolde yer alan aynı olgularla ilgili şikayeti her ne kadar, açıkca kabul edilebilir olsa da, Konvansiyon bağlamında bağımsız bir konu oluşturmamaktadır.

**HAKİM TULKENS'İN
KARŞI GÖRÜŞÜ**

Birbirini destekleyen bir grup nedene dayanarak Sözleşme'nin 9. maddesi ve 1 No.lu Protokol'ün eğitim hakkına ilişkin olan 2. maddesi hususunda oyumu çoğunlukla aynı yönde kullanmadım. Ancak, ikinci hükmün lise ve üniversite eğitimini kapsadığı hususunda Mahkeme ile tamamen görüş birliği içerisinde bulunmaktayım.

A. Din özgürlüğü

1. Kararda bahsedilen genel ilkeler ile ilgili olarak, çoğunluğa kesinlikle katıldığım bazı noktalar bulunmaktadır (bkz. kararın 104 ve 108. paragrafları). Sözleşmenin 9. maddesi ile güvence altına alınan din özgürlüğü hakkı, sadece inanlar açısından değil, ateistler, agnostikler, septikler ve ilgili olmayanlar açısından da “değerli bir

mevzudur". Sözleşmenin 9. maddesinin bir dinden veya inançtan kaynaklanan veya esinlenen bütün eylemleri korumadığı ve çeşitli dinlerin bir arada olduğu demokratik toplumlarda, çeşitli grupların menfaatlerini uzlaştırmak ve herkesin inancına saygı duyulmasını sağlamak amacıyla dini açıklama özgürlüğüne bir takım sınırlamalar getirilmesi gerekebileceği doğrudur (bkz. kararın 106. paragrafı). Daha da fazlası, çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük demokratik toplumun önemli değerleridir ve bu durum kesin sonuçlar gerektirir. İlk olarak, demokratik toplumun bu değerleri ve idealleri karşılıklı diyaloga ve bireyler tarafından karşılıklı taviz vermeyi gerektiren, uzlaşma ruhuna dayanmalıdır. İkinci olarak, bu şartlar altında, yetkililerin rolü gerilimlerin nedenlerini çoğulculuğu ortadan kaldırarak yok etmek değil, Mahkemenin yakın zamanda yinelediği gibi, karşıt grupların birbirlerini hoşgörmelerini sağlamaktır (Ouranio Toxo ve Diğerleri – Yunanistan, 20 Ekim 2005 tarihli karar, 40).

2. Çoğunluğun üniversite binalarında turban takılması yasağının başvuranın Sözleşmenin 9. maddesinde yer alan başvuranın hakkına müdahale teşkil ettiğini ve bu yasağın kanunen öngörüldüğünü ve yasal bir amaç taşıdığını – bu davada diğerlerinin hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin korunması- kabul etmesiyle esas mesele böyle bir müdahalenin "demokratik toplumda gerekli" olup olmadığına dönmüştür. Doğası gereği, Mahkeme'nin izlenimi somut olayda ilke olarak üç kriter doğrultusunda yürütülmelidir ilk olarak, tehlikeye giren yasal menfaati koruma yeterliliğine sahip olması gereken müdahalenin uygun olup olmadığı,

ikinci olarak, seçilen tedbirin söz konusu hak ve özgürlüğü en az kısıtlayan tedbir olup olmadığı ve son olarak tedbirin, yarışan menfaatlerin dengelenmesi sorunu olan, ölçülülüğü karşılayıp karşılamadığı

Çoğunluğun yaklaşımının temelini ulusal makamlara ait gibi görünen ve hassas bir konu olan Konvansiyonel yükümlülüklerini en iyi hangi şekilde yerine getirecekleri konusunda çok iyi konumlandırılmış olmaları kavramını yansıtan takdir yetkisi oluşturmaktadır (bkz. kararın 109. paragrafı). Mahkemenin yargı yetkisi, elbette, yardımcı niteliktedir ve Mahkemenin rolü, dini topluluklar arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin belli başka kararlarında, Mahkeme her zaman aynı yargısal sınırlamaları göstermese dahi (Serif – Yunanistan, 14 Aralık 1999 tarihli karar; Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve diğerleri – Moldovya, 13 Aralık 2001 tarihli karar), özellikle, "Kilise ile Devlet arasındaki hassas ilişkilerin oluşturulması konusunda", muntazam çözümler yaratmak değildir (Cha'are Shalom Ve Tsedek – Fransa, 27 Haziran 2000 tarihli karar, 84). Sonuç olarak, Mahkemenin evrensellik ve çeşitliliği uzlaştırmaya çalışması gerektiği ve herhangi bir dini modele ilişkin fikir beyan etmenin mahkemenin görevi olmadığı yönündeki görüşe tamamıyla katılıyorum.

3. Takdir yetkisi yaklaşımının mevcut dava ile ilişkisini büyük ölçüde yok eden iki faktör olmadığına katılabilirim. İlk çoğunluğun doğruladığı yetkinin genişliği ile ilgili, şöyle ki, eğitim kuruluşlarında dinî sembollerin giyilmesinin düzenlenmesi sorununda devletler arasında uygulama farklılıkları ve böylece Avrupa'da görüş birliğinin ek-

sikliği ile ilişkilidir. Karşılaştırmalı hukuk kaynakları, hiçbir üye devletin baskıya daha az tabi olan gençler için tasarlanmış üniversite eğitimi kuruluşlarına kadar varan dinî sembollerin giyilmesine yasak koyması sonucuna izin vermez. İkinci factor, takdir yetkisine eşlik etmesi gereken ve, ulusal yetkililerin takdir yekisinin bulunmadığı davalarda daha az kapsamlı olsa da, el ele veren Avrupa gözetimi ile ilgilidir. Ancak, diğer yandan Türkiye'nin belirli tarihsel artalanı bağlamında, Avrupa gözetimi tamamen basit bir biçimde, yargı ile ilgisiz görünmüştür. Ancak, Sözleşme ile garanti edilen inanç özgürlüğü hakkının öneminin aşikar olduğu, bu başvuruda yükselen sorun, yalnızca "yerel" bir sorun değil, tüm üye Devletler için önemli bir sorundur. Avrupa gözetimi bu yüzden takdir yetkisine atıfta bulunarak basitçe kurtulmuş olmaz.

4. Başörtüsü giyme yasağı kapsamında başvuranın inanç özgürlüğü hakkına müdahale hangi zeminlere dayandırılmıştır? Mevcut davada, yalnızca ulusal yetkililerin ve mahkemenin dayandığı sebepler, çoğunluğun ileri sürdüğü, genel ve soyut kavramlar, iki ana tartışma: laiklik ve eşitlik. Ben tamamen ve bütünüyle bu ilkelerin her birini kabul ettiğim zaman, onların burada kabul ettikleri tarza ve başörtüsü giymenin uygulaması hakkındaki onların yorumladıkları yola katılmıyorum. Demokratik bir toplumda, biri diğerine karşı ağır basmayan, laiklik, eşitlik ve özgürlük ilkelerinin ahengini aramanın gerekli olduğuna inanırım.

5. Öncelikle, laiklik hakkında, Anayasa Mahkemesinin 7 Mart 1989 tarihli kararında belirttiği gibi, Türkiye'deki demokratik düzenin korunması

için şüphesiz gerekli olan ve temelli bir ilke olarak değerlendirdiğimi tekrarlarım. Ancak, dinî özgürlük de, demokratik toplumların kurucu ilkesidir. Dolayısıyla, Büyük Daire'nin laiklik ilkesinin gücünü kabul ettiği gerçeği, başvurana uygulanan başörtüsü yasağının, bu ilkeye uyulmasını sağlamak açısından gerekli olduğu sonucuna varmamakta; "yoğun toplumsal ihtiyaç"a cevap vermektedir. Kaygılar ve tasalar değil de, yalnızca tartışılmayacak olan gerçekler ve yasal olarak şüphe götürmeyecek nedenler bu gerekliliğe cevap niteliğinde olabilir ve Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakka müdahaleyi haklı çıkarabilir. Ayrıca temel hakka müdahalenin var olması durumunda, Mahkeme'nin bu yöndeki içti-hadı basit iddiaların yeterli olmadığını, bu iddiaların somut örneklerle desteklenmesi gerektiğini ortaya koymuştur. (Smith ve Grady- Birleşik Krallık, 27 Eylül 1999 tarihli hüküm, § 89). Mevcut davada, bu örnekler görünmemiştir.

6. Sözleşme'nin 9. maddesi uyarınca, burada sözkonusu olan, bir dine sahip olma hakkı (içsel inanç) değil, dini eğilimlerini ortaya koyma özgürlüğüdür (inancın ifadesi). Şayet Mahkeme, dini duyguların korunması hususunda korumacı ise (hatta aşırı korumacı) (Otto- Preminger-Instint-Avusturya, 20 Eylül 1994 tarihli karar; Wingrove- Birleşik Krallık, 25 Kasım 1996 tarihli hüküm) ikinci derecede korunuyor gibi görünen (§ 105), dini vecibelerin yerine getirilmesi ile ilgili olarak daha az müdahaleci davranmıştır. (Cha'are Shalom Ve Tsedek-Fransa, 27 Haziran 2000 tarihli hüküm; Dahlab-İsviçre, 15 Şubat 2001 tarihli hüküm). Oysa ki Mahkeme, burada dini özgürlüğün

şimdiye kadar çok sık karşılaşmadığı başka bir boyutuyla karşı karşıyadır ve bu Mahkeme'ye, inançlara göre sembolik önemi farklılık gösterebilecek kıyafetlerin giyilmesi gibi dinsel uygulamalara ilişkin dış semboller konusunda konumunu belirlemesine henüz olanak vermemiştir

7. 13 Şubat 2003 tarihli Refah Partisi ve diğerleri-Türkiye hükümüne bakıldığında, hüküm, "bu ilkeye (laiklik) uymayan bir tutumun dini inancı açığa vurma özgürlüğünün bir parçası olduğunun kabul edilmesi gerekliliği bulunmayacağı"nı (§ 114) desteklemektedir. O halde çoğunluk, başörtüsü takma eyleminin laiklik ilkesini ihlal ettiğini düşünmektedir. Bunu yaparak, başörtüsü takılması ve bunun laiklik ilkesiyle ilişkisi gibi çekişmeli bir konuda tutum takınmıştır.

Mevcut olayda bu türde bir genel değerlendirme en az üç zorluğu beraberinde getirmektedir. İlk olarak hüküm başvuranın argümanlarına cevap vermemektedir. Hükümet'in de karşı çıkmadığı bu argümanda, başvuran kendisinin de benimsemiş olduğu laiklik ilkesini tartışma konusu yapma niyetinde olmadığını belirtmiştir. İkincisi, başvuranın davranış, tutum ya da eylemlerinin bu ilkeyi ihlal ettiğine dair bir kanıt yoktur. Bu, Mahkeme'nin içtihatlarında her zaman uyguladığı bir sınamadır (Kokkinakis-Yunanistan, 25 Mayıs 1993 tarihli hüküm; Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri-Türkiye, 30 Ocak 1998 tarihli hüküm). Son olarak hüküm, öğretmenlerle öğrenciler arasında hiçbir ayırım yapmamaktadır. Oysa ki bir öğretmenin başörtüsü takması ile ilgili 15 Şubat 2001 tarihli Dahlab-İsviçre hükmünde, Mahkeme tarafından başörtüsü takma şekilleri

kesin olarak ifade edilmiştir (s.14). Şayet laiklik ilkesi her türlü dini sembolden soyutlanmış bir eğitim gerektiriyorsa ve tarafsız bir alanda gönüllü olarak görev alan bütün öğretmenler ve kamu çalışanlarında uygulanıyorsa, öğrencilerin ve çocukların durumlarının farklı olduğu görüşündeyim.

8. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, özel alan ya da kamu alanında, başkalarının hak ve özgürlüklerine müdahale etmemek ve kamu düzenini bozmamak şartıyla (madde 9 §2), her bireyin tek başına ya da toplu olarak bu özgürlüğünden yararlanabilmesini sağlamak anlamına gelmektedir.

Birinci koşulla ilgili olarak, başvuranın dini bir sembol olarak taktığı başörtüsü saldırgan ya da gösteri mahiyetli olsa idi ya da başkalarının inancına müdahale eden -ya da edebilecek olan- baskıcı, tahrik edici, kendi inancını yayma amacıyla ya da propaganda içerikli bir eylem niteliğinde olsa idi, bu koşul yerine getirilmiş olurdu. Fakat bu iddia Hükümet tarafından desteklenmediği gibi, Bayan Şahin'in de böyle bir niyeti olduğunu gösteren kanıt Mahkeme'de bulunmamaktadır. İkinci koşulla ilgili olarak, başvuranın takmış olduğu başörtüsünün, eğitimi ya da üniversite hayatını etkilediği, bir takım düzensizliklere yol açtığı ileri sürülmemiş ve ortaya konulmamıştır. Nitekim, başvurana karşı hiçbir disiplin soruşturması başlatılmamıştır.

9. Bununla birlikte çoğunluk "İslami başörtüsü sorunu Türkiye açısından incelendiğinde, başörtüsü takmayanlar üzerinde, zorlayıcı bir dini zorunluluk gibi tanıtılan ya da algılanan bu simgenin taşınmasının yaratabileceği etki gözardı edilmemelidir." gö-

rüşünü savunmaktadır. (Bakınız hükümün 115. paragrafı)

Din özgürlüğü hakkının korunma düzeyi bu kapsama indirgenmedikçe, bir simge olarak sunulan başörtüsünün takılmasının, takmayanlar üzerinde yaratabileceği olası etkinin, Mahkeme'nin içtihadı ışığında, kaçınılmaz bir sosyal ihtiyaç gerekliliğine cevap niteliğinde olduğunu düşünmüyorum. Mutatis mutandis, ifade özgürlüğü bağlamında (madde 10), bu hakkın kullanılmasıyla ilgili olarak, fikir ya da beyanların herkes tarafından benimsenmediği ve başkalarını rahatsız edebileceği gerekçesiyle müdahalelerin yapıldığına yönelik açıklamaları, Mahkeme tarafından hiçbir zaman kabul edilmemiştir. 4 Aralık 2003 tarihli Gündüz-Türkiye hükmünde, Mahkeme, Müslüman bir tarikat liderinin Türkiye'de laik düzeni şiddetle eleştirmek, Şeriat çağrısı yapmak ve yalnızca laik makamlar tarafından gerçekleştirilen evliliklerden doğan çocukları "gayrı meşru" olarak nitelendirmek suçlarından mahkum edilmesini, ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale olarak nitelendirmiştir. O halde, başörtüsü takarak dinin açıklanması yasaklanabilirken, aynı bağlamda, dini kine teşvik olarak nitelendirilebilecek sözler ifade özgürlüğü ile korunmaktadır.

10. Esasen, Mahkeme için "toplumun geneline dini simgelerini ve dini kurallar üzerine kurulu toplum anlayışlarını empoze etmek" niyetinde olan "aşırı siyasi hareketlerin" oluşturduğu tehdit, "bir üniversite kurumunda çoğunluğu korumaya yönelik tedbir" (§ 115 in fine) niteliğinde olan dava konusu düzenlemeleri haklı kılar niteliktedir. Mahkeme, bu konudaki düşüncelerini açıkça belirttiği 13 Şubat 2003 ta-

rihli Refah Partisi ve Diğerleri-Türkiye hükmünde, "nüfusunun büyük bir çoğunluğunun belirli bir dine ait olduğu Türkiye gibi bir ülkede, aşırı dinci hareketleri ve söz konusu dinin gerekliliklerini yerine getirmeyenler ya da başka bir dine mensup olanlar üzerinde baskı kurulmasını engellemek amacıyla üniversitelerde alınan tedbirler Sözleşme'nin 9 § 2 maddesi ile açıklanabilir" (§ 95).

Herkes, radikal islami engellemek gerektiği düşüncesinde hemfikirse de, böylesi bir açıklama yine de ciddi bir itirazı gündeme getirmektedir. Basit anlamda başörtüsü takılması aşırı dincilikle bağdaştırılamaz. Başörtüsü takanlarla, diğer dini simgeler gibi başörtüsünü zorla kabul ettirmek isteyen "aşırı uçtakileri" ayırt etmek gerekir. Başörtüsü takan kadınların hepsi aşırı dinci değildir ve başvuranın durumunda bunu gösterecek bir neden bulunmamaktadır. Başvuranın, genç bir bayan ve üniversite öğrencisi olarak, baskılara direnme kapasitesinin yüksek olması beklenebilir. Bu çerçevede, başvuranın din özgürlüğü hakkını kullanmak ve dış simgeyle bunu göstermeye yönelik olan kişisel isteğinin, aşırılıkla mücadele konusundaki kamu yararı içinde eritilmemesi gerekmektedir.

11. Eşitlik ilkesiyle ilgili olarak, çoğunluk, kadın haklarının korunması ve cinsiyet eşitliği ilkesi (§§ 115 ve 116) konusuna odaklanmaktadır. A contrario, başörtüsü takmanın kadının yabancılaşmasının bir göstergesi olacağından hareketle, yasaklama erkeklerle kadınlar arasındaki eşitliğin ilerlemesini sağlayan bir unsur olarak görülmektedir. Ancak, başörtüsü yasağı ile cinsiyet eşitliği arasındaki gerçek ilişki nedir? Karar, buna değinmemektedir. Öte

yandan başörtüsü takmanın ifade ettiği anlam nedir? Alman Anayasa Mahkemesi'nin de 24 Eylül 2003 tarihli kararında da belirttiği üzere, başörtüsü takmanın tek bir anlamı yoktur ve farklı gerekçelere dayanmaktadır. Başörtüsü, mutlaka kadının erkeğe tabi olmasını ifade etmemektedir ve bazı durumlarda insanların bir kısmı, kadının yabancılaştırılması için başörtüsünün bir araç olabileceğini düşünmektedirler. Bu tartışmada, eksik olan, başörtüsü takan ve takmamayı tercih eden kadınların düşüncesidir.

12. Büyük Daire bu konuda 15 Şubat 2001 tarihli Dahlab-İsviçre kararının fikrimce en tartışmalı olan gerekçe bölümüne atıfta bulunmaktadır. Kararın bu kısmında, başörtüsü takmanın “güçlü bir dış işaret”, “cinsiyetlerin eşitliği ilkesiyle bağdaştırılması zor olan bir dinsel buyrukla, kadınlara zorla kabul ettirilmiş gibi görünen” bir simge olup olmadığı ve herşeyin ötesinde bu uygulamayı “demokratik toplumda, her öğretmenin öğrencisine aktarması gereken, hoşgörü, başkalarına saygı ve özellikle de eşitlik ve ayrımcılığın yapılmamasına dair verilen mesajla”(§ 111 in fine) bağdaştırmanın zor olduğu vurgulanmaktadır.

Olumsuz ve tek taraflı bir durumda, tıpkı genel ve soyut bir şekilde başörtüsü kullanımını açıklamanın ve başvurana bakış açısını kabul ettirmenin kendisine düşmeyeceği gibi, dini bir inanç ve uygulama hakkında böylece bir değerlendirme yapmak Mahkeme'ye düşmemektedir. Üniversiteli ve genç bir yetişkin olan başvuran, başörtüsünü özgür iradesiyle taktığını belirtmiştir ve hiçbir şey bu iddianın doğru olmadığını göstermemektedir. Bu açıdan, aksini ispatlayacak bir delil su-

nulmadığı sürece, bir bayana özgürce kabul ettiği bir davranışı benimsemesinin yasaklanmış olmasının cinsiyet eşitliği ilkesiyle açıklanmasını anlamakta zorlanıyorum. Eşitlik ve ayrımcılığa uğramama sübjektif haklar olup, bundan yararlanacakların iradesine bırakılmalıdır. “Koruyuculuğun” bu şekli, 8. maddeye dayanarak gerçek bir kişisel özerklik hakkını düzenleyen Mahkeme'nin içtihadına aykırı düşmektedir. (Keenan-Birleşik Krallık, 3 Nisan 2001 tarihli hüküm, § 92; Pretty- Birleşik Krallık, 29 Nisan 2002 tarihli hüküm, §§ 65-67 ; Christine Goodwin-Birleşik Krallık, 11 Temmuz 2002 tarihli hüküm, § 90). Sonuç olarak, şayet başörtüsü takma eylemi her durumda erkeklerle kadınlar arasında eşitlik ilkesine gerçekten aykırı ise, bu durumda Hükümet'in, başörtüsünü ister özel, ister kamu alanında olsun , her alanda yasaklamak gibi pozitif bir yükümlülüğü olurdu.

13. Üniversite bünyesinde İslami başörtü takılmasının yasaklanması, kanaatimce geçerli ve yeterli nedenlere dayanmadığı ölçüde, Sözleşme'nin 9 § 2 maddesi uyarınca “demokratik bir toplumda gerekli” olan bir müdahale olarak değerlendirilemez. Bu şartlarda, başvuranın Sözleşme tarafından güvence altına alınan din özgürlüğüne bir müdahale sözkonusudur.

B. Eğitim Hakkı

14. Çoğunluğun, başvuranın şikayetin 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesi çerçevesinde de incelenmesinin uygun olacağı düşüncesine tamamen katılıyorum. Nitekim, bu hükmün üniversite ve yüksek eğitimde uygulanabilirliği görüşü, “Belçika'daki eğitimde dillerin kullanımına ilişkin yasaların

bazı yönlerine ilişkin" dava hakkındaki 24 Haziran 1965 tarihli Komisyon raporunda da yer almıştı. Karar, haklı olarak, yüksek eğitimin diğer eğitim şekillerinden kesin olarak ayrılmadığını işaret etmekte ve Avrupa Konseyi'nin, "insan haklarının ve temel özgürlüklerin geliştirilmesi ve demokrasinin güçlendirilmesinde yüksek öğretimin önemi" (§136) görüşüne katılmaktadır. Ayrıca, eğitim hakkı, herkesin eğitim olanaklarından faydalanabilmesi hakkı anlamına geldiği için, Büyük Daire, yüksek öğretim kurumları açan bir Devlet'in ayırım gözetmeksizin bu kurumlara fiili olarak erişim hakkını sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmektedir. (§ 137)

15. Bununla birlikte, Büyük Daire'nin demokratik bir toplumda eğitim hakkının, insan haklarının ilerletilmesinde vazgeçilmez olduğunu vurgulamasına rağmen (§ 137), fikrimce ilgili ve doğru olmayan gerekçelerle başvuranın bu haktan mahrum bırakılması şaşırtıcı ve üzücüdür. Başvuran, dini inancına dayanarak, kayıtlı olduğu üniversitenin eğitim programında düzenlemeler ya da muafiyetler yapılması talebinde bulunmamıştır. (7 Aralık 1976 tarihli Kjeldsen, Busk, Madsen ve Pedersen-Danimarka hükmündeki tutumun aksine). Üniversiteye kaydolduğu ve başörtüsünün herhangi bir sorun teşkil etmediği dönemde var olan koşullar altında eğitimini bitirmek arzusundadır. Tıp Fakültesi'ndeki programın parçası olan derslere ve yazılı sınavlara girme yasağı getirilerek, başvuran de facto üniversiteye girme ve eğitim görme hakkından mahrum bırakılmıştır.

16. Büyük Daire gerekçelendirmesini, kıyas yoluyla Sözleşme'nin 9.mad-

desi uyarınca bir müdahalenin varlığına dayandırmış ve eğitim hakkı bakımından yapılacak incelemenin "mahkemenin 9. maddeye ilişkin varmış olduğu sonuçtan ayrılamayacağı" sonucuna varmıştır. Esasında bu bakımdan dile getirilen mülahazalar "açıkça, 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesine ilişkin yapılan şikayet için geçerli olmaktadır" (§ 157). Bu koşullarda, Daire'nin, 30 Kasım 2004 tarihli hükmünde, 1 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesi açısından hiçbir ayrı sorunun ortaya çıkmadığı, zira ilgili koşulların, 9. madde kapsamında incelenen ve ihlal kararı vermediği koşullar ile aynı olduğu sonucuna varmakta haklı olduğu kanaatindeyim.

Her ne olursa olsun, dini özgürlük konusunda yapılan gerekçelendirmenin, eğitim hakkı bakımından açıkça uygulanabilir olduğundan şüpheliyim. Hiç kuşku yok ki, eğitim hakkı mutlak bir hak değildir ve özü bakımından bu hakkın ihlal edilmesine ve etkinliğinden mahrum bırakılmasına gidilmediği sürece sınırlamalara tabi olabilir; ancak bu sınırlandırmalar, hükümlerinin bir bütün halinde tasavvur edilmesi gereken Sözleşme'nin yer verdiği diğer haklarla çelişmez. Ayrıca, negatif yükümlülükler için takdir marjı daha dardır ve Mahkeme her hal ve karda Sözleşme'nin gerekliliklerine riayet edilip edilmediğine karar vermek durumundadır. Son olarak, sınırlandırma, hedeflenen amaçla kullanılan araçlar arasında makul orantı ilişkisi varsa, eğitim hakkıyla tutarlı olur.

17. Bu davada durum nasıldır? Ben burada dini özgürlük hakkına ilişkin tartışmayı sürdürmeyip, başvuranın eğitim hakkına yapılan kısıtlamaların orantılı olmasıyla ilgili ek unsurları vurgulamakla yetineceğim.

Öncelikle başvuranın derslere ve sınavlara girişini yasaklamadan önce, yetkililer başörtüsünü çıkararak eğitime devam etmesi için (örneğin aracı vasıtasıyla) ya başvurunu ikna etmeye çalışmalı ya da gerçekten düzen tehlikeydeyse, üniversite içinde düzenin korunmasını sağlamak için başka tedbir almalıydılar. Oysa eğitim hakkına daha az zararlı başka hiçbir tedbir bu davada uygulanmamıştır. Daha sonra eğitime devam etmesini başörtüsünü çıkartmaya bağlamanın ve bu zorunluluğa riayet etmediği takdirde üniversiteye girişini yasaklamanın, başvurunu ülkeyi terk edip eğitimini Viyana Üniversitesinde tamamlamaya zorladığına itiraz edilmemektedir. Başvurana başka seçenek bırakılmamıştır. Oysa bu hakkın ihlal edilmediği sonucuna vardığı 27 Haziran 2000 tarihli Cha'are Shalom ve Tsedek-Fransa hükmünde (§§ 80-81) Mahkeme, alternatif seçeneklerin varlığını gözönünde bulundurmıştır. Sonuç itibarıyla, Büyük Daire'nin hükmü, bir yandan dini inançları nedeniyle eğitimini Türkiye'de tamamlama olanağından mahrum bırakılmakla birlikte, yurtdışı diplomalarının tanınmasındaki zorluklar nedeniyle mesleğini ülkesinde icra etmek için geri dönmesinin sorun yaratmasından dolayı başvurana verilen zarar ve diğer yandan Türk toplumu için üniversite içinde başörtüsü takılmasının yasaklanmasından doğan avantaj gibi mevcut çıkarlar arasında karşılaştırma yapmamıştır.

Bu koşullarda başvuranın derslerinden ve sınavlarından ve dolayısıyla üniversiteden dışlanmasının eğitim hakkından fiili olarak mahrum bıraktığı ve bu hakkın özünü ihlal ettiği makul olarak savunulabilir.

18. Ayrıca eğitim hakkına yönelik bu türden bir ihlalin, son tahlilde başvuran için dine dayalı bir ayrımcılık sözkonusu olduğunu açıkça kabul etme anlamına gelip gelmediğini sorgulamak gerekir. Avrupa Konseyi Parlamento Meclisi, 4 Ekim 2005 tarihli 1464 (2005) sayılı kararında, üye Devletlere "topraklarında yaşayan bütün kadınları dine dayalı veya bağlı haklarının her ihlaline karşı bütünüyle koruma" zorunluluğu getirdiğini hatırlatmaktadır.

19. Daha temel olarak, laiklik ve eşitlik adına başvuranın üniversiteden dışlanmasını kabul ederek, çoğunluk, bu değerlerin oluşabileceği ve anlam kazanabileceği özgürlük alanından da dışlanmasını kabul etmektedir. Üniversite her türlü merciden bağımsız ve özgür bilgilere erişim sağlamaktadır. Bu tür bir deneyim, laiklik ve eşitlik ilkele-ri konusunda bilinçlendirme için, gönüllü olarak benimsenmeyip empoze edilen bir yükümlülükten daha etkin bir yöntemdir. Hoşgörüyeye dayanan dinler ve kültürler arası diyalogun kendisi, eğitimin bir parçasıdır. Dolayısıyla başörtüsü takan genç kızları bunun için eğitimden mahrum bırakmak çelişkili bir durumdur. Kadınlar için özgürlük ve eşitlik istemek, onları kendi gelecekleri hakkında karar verme şansından mahrum bırakma anlamına gelemez. Yasaklama ve dışlama, alınan bu tedbirlerin mücadelesini verdiği aşırı dincilikte yankı bulacaktır. Burada olduğu kadar başka yerde de, inançların radikalleşmesi, sessiz dışlama, dini okullara geri dönüş gibi benzer riskler bulunmaktadır. Ülkesindeki kanun tarafından reddedilen genç kadınlar, kendi kanunlarına geri gönderilmektedir. Oysa

hepimiz biliyoruz ki, hoşgörüsüzlük hoşgörüsüzlüğü besler.

20. Sonuç olarak, bu sorunların tümü, İslam dinine inanan kişilere karşı düşmanlık ortamından endişe duyan ve bu durumun gelecekte dikkat ve faaliyet gerektirdiğine kanaat getiren Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa

Komisyonu'nun (ECRI) Haziran 2005 yıllık faaliyet raporunda yer alan görüşler ışığında değerlendirilmelidir . Hepsinden daha önemlisi, fanatizm ve aşırılığı önlemenin ve onlarla mücadele etmenin en iyi yolunun insan haklarını geliştirmek olduğu mesajı sürekli tekrarlanmalıdır.

AKTARIMLAR AYRILMALAR YİTİRDİKLERİMİZ

AKTARIMLAR

Av.	NURULLAH CİHANGİR	21083	05.01.2005
Av.	ÖMER ŞINIK	23478	05.01.2005
Av.	AYŞİN KÖYCÜ	23523	22.12.2005
Av.	OĞUZHAN AKBUNAR	24985	01.12.2005
Av.	MUZAFFER NALAN KAPUSUZ	25221	22.12.2005
Av.	HANDE HAMZAOĞLU GÜLSEN	25372	22.12.2005
Av.	CANAN GÜNBEĞİ	26919	01.12.2005
Av.	HASAN ÇAMUR	27113	01.12.2205
Av.	CEVAT ÇAKMAK	28422	08.12.2005
Av.	FERHAT GÖZEL	28470	08.12.2005
Av.	FULYA ÇAVAŞ	28766	08.12.2005
Av.	RECEP YÜKSEL	29057	08.12.2005
Av.	ÖZLEM HALAÇ	29063	27.10.2005
Av.	BURÇE LEYLA ARSLAN	29069	15.12.2005
Av.	MEHMET POLATOĞLU	29279	10.11.2005
Av.	ATILLA ATAR	29322	05.01.2006
Av.	BURAK ERBAY	29522	24.11.2005
Av.	MEHMET İLKER BAYRAM	29598	08.12.2005
Av.	TALAT SAYGILI	29645	08.12.2005
Av.	PÜRLEN AYDOS	29857	27.10.2005
Av.	SERHAT UYSALER	29897	24.11.2005
Av.	İSMET AKTAŞ	30006	10.11.2005
Av.	UĞUR ÖK	30046	08.12.2005
Av.	YAKUP ATEŞ	30054	01.12.2005
Av.	TURGUT ÜNLÜ	30075	22.12.2005
Av.	HAKAN MAZMAN	30578	10.11.2005
Av.	BAHAR AYKUTLU	30812	24.11.2005
Av.	MEHMET FATİH AKIN	31227	24.11.2005
Av.	ELÇİN İLCİ	31255	22.12.2005
Av.	EZGİ ÖZER	31294	15.12.2005
Av.	FATMA DİDEM YALTIRIK	31484	22.12.2005

AYRILMALAR

Av.	MUSTAFA RIZA AKMAN	2474	29.12.2005
Av.	BURHAN CONKER	3972	29.12.2005
Av.	MEHMET AKİL VELİBEYOĞLU	4115	05.01.2005
Av.	VASFİ KERESTECİOĞLU	4818	27.10.2005
Av.	NURAN KAZAK	5035	10.11.2005
Av.	BAHATTİN ÜSTEM	5052	05.01.2006
Av.	ALTAN ARNIK	5111	05.01.2006
Av.	CEVAT AKGÖNÜL	5116	17.11.2005
Av.	GÜNEŞ ÇAPA	5131	29.12.2005
Av.	SERPİL EGE	6552	29.12.2005
Av.	AKIN CEYLAN	6889	22.12.2005
Av.	NURHAN BAHTİYAR	7910	24.11.2005
Av.	KEMAL USTA	8491	22.12.2005
Av.	EROL AŞCI	9095	15.12.2005
Av.	BETÜL SEVDA YELOK	10203	15.12.2005
Av.	AYTEN GÜLTEKİN	10521	05.01.2006
Av.	HURŞİT ŞEN	11062	05.01.2006
Av.	ŞEFİK AKMAN	11263	08.12.2005
Av.	MEVLÜT BAYRAK	12053	22.12.2005
Av.	ALTAN TUNALI	12120	05.01.2006
Av.	GÜLGÜN ARMAN	13525	27.10.2005
Av.	ERDİNÇ KUTLU	14376	17.11.2005
Av.	RIFAT KURAY GÜLKÖK	14578	29.12.2005
Av.	MEHMET AKMAN	14914	05.01.2006
Av.	SEHER ÖZSOY DOĞAN	16903	27.10.2005
Av.	FERİDE GAYE İMAMOĞLU	18156	08.12.2005
Av.	AHMET CEVDET DEMİRTAŞ	19453	29.12.2005
Av.	İLKNUR ÖZAL	21146	01.12.2005
Av.	EBRU BORAZAN	21488	08.12.2005
Av.	MURAT ENEZ	21617	22.12.2005
Av.	UÇKUN BİK	21804	01.12.2005

Av.	SELMA BALCI	23101	15.12.2005
Av.	MÜRSEL TEKİN	23141	15.12.2005
Av.	KEMAL ŞENTÜRK	23163	22.12.2005
Av.	MEDİHA AYŞEN AYKUT	23784	05.01.2006
Av.	MİNE KALAN	24857	29.12.2005
Av.	FERUZA ÖZTÜRK	24970	08.12.2005
Av.	EMİNE TAŞKIN	27215	15.12.2005
Av.	BORA TOPUZ	27906	05.01.2006
Av.	ZİYA ÖZTÜRK	28286	22.12.2005
Av.	REŞAT SAĞLIK	28319	08.12.2005
Av.	HATİCE BOZ	28363	29.12.2005
Av.	İZZET GAMZE DERİNKÖK	28534	29.12.2005
Av.	MEHMET ÖĞCÜ	28984	05.01.2005
Av.	YASEMİN YILDIRM	29603	27.10.2005
Av.	BURÇİN AYDOĞDU	30243	08.12.2005
Av.	ABDULVAHAP ÇELEBİ	31404	29.12.2005
Av.	ORHAN BİRKAN TOPAL	31546	29.12.2005

YİTİRDİKLERİMİZ



Baromuzun 2224 sicil sayısında yazılı

Av. MEHMET TURAN ÇAKIM

08/10/2005 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1 Eylül 1917 yılında İstanbul'da doğdu. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi'ni bitirdi. Hukuk fark derslerini vererek 1948-1949 yıllarında Baromuz da stajını yaparak 1949 yılında Baro levhasına kaydoldu. Daha sonra çeşitli bakanlıklarda üst düzey yöneticilik görevlerinde bulundu. Bir süre Ankara Barosu'nda kayıtlı olarak avukatlık mesleğini sürdürdü. 1981 yılında naklini aldirarak tekrar Baromuz levhasına kaydoldu.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



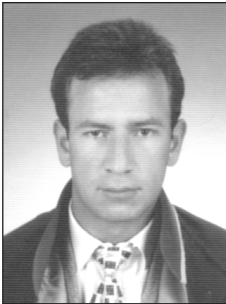
Baromuzun 6803 sicil sayısında yazılı

Av. MEHMET EMİN OKYAR

21/11/2005 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1942 yılında İnebolu'da doğdu. 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. 1970-1971 yıllarında stajını İstanbul Barosu'nda yaparak 1971 yılında Baromuz levhasına kaydoldu.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 24776 sicil sayısında yazılı

Av. GÖKHAN ÇETİN

28/11/2005 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1 Eylül 1975 yılında Sivas İmralı'da doğdu. 1998 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. 1998-2000 yıllarında stajını İstanbul Barosu'nda yaparak 2000 yılında Baromuz levhasına kaydoldu.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

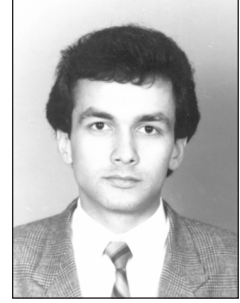
Baromuzun 15004 sicil sayısında yazılı

Av. HÜSEYİN AYNALI

04/12/2005 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 15 Şubat 1964 yılında Yenice'de doğdu. 1986 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. 1986-1988 yıllarında stajını İstanbul Barosu'nda yaparak 1988 yılında Baromuz levhasına kaydoldu.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



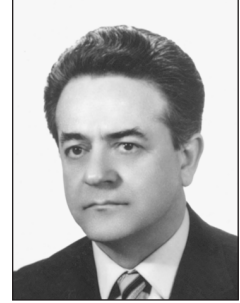
Baromuzun 12748 sicil sayısında yazılı

Av. TURGUT SARICA

06/12/2005 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 18 Ocak 1936 yılında Kilis'de doğdu. 1962 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. Çeşitli mahkemelerde savcılık, hakimlik görevlerinde bulunup emekli olduktan sonra 1983 yılında Baromuz levhasına kaydoldu.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



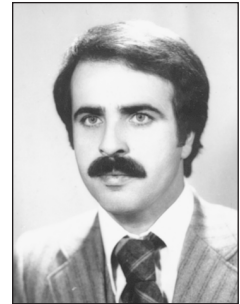
Baromuzun 10859 sicil sayısında yazılı

Av. ASLAN BAYSAL

23/12/2005 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 16 Mart 1946 yılında Rize'de doğdu. 1973 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. 1973-1974 yıllarında stajını İstanbul Barosu'nda yaparak 1974 yılında Baromuz levhasına kaydoldu.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.





Baromuzun 7177 sicil sayısında yazılı

Av. NERMIN TEMİZÖZ

23/12/2005 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 24 Aralık 1930 yılında İstanbul'da doğdu. 1959 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. 1970-1971 yıllarında stajını İstanbul Barosu'nda yaparak 1971 yılında Baromuz levhasına kaydoldu.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 8751 sicil sayısında yazılı

Av. TUNCAY YALÇINYUVA

26/12/2005 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1941 yılında İstanbul'da doğdu. 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. 1972-1973 yıllarında stajını İstanbul Barosu'nda yaparak 1973 yılında Baromuz levhasına kaydoldu.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, acılı ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.